



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

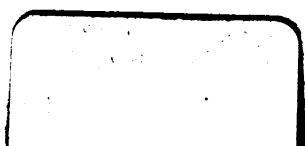
3



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

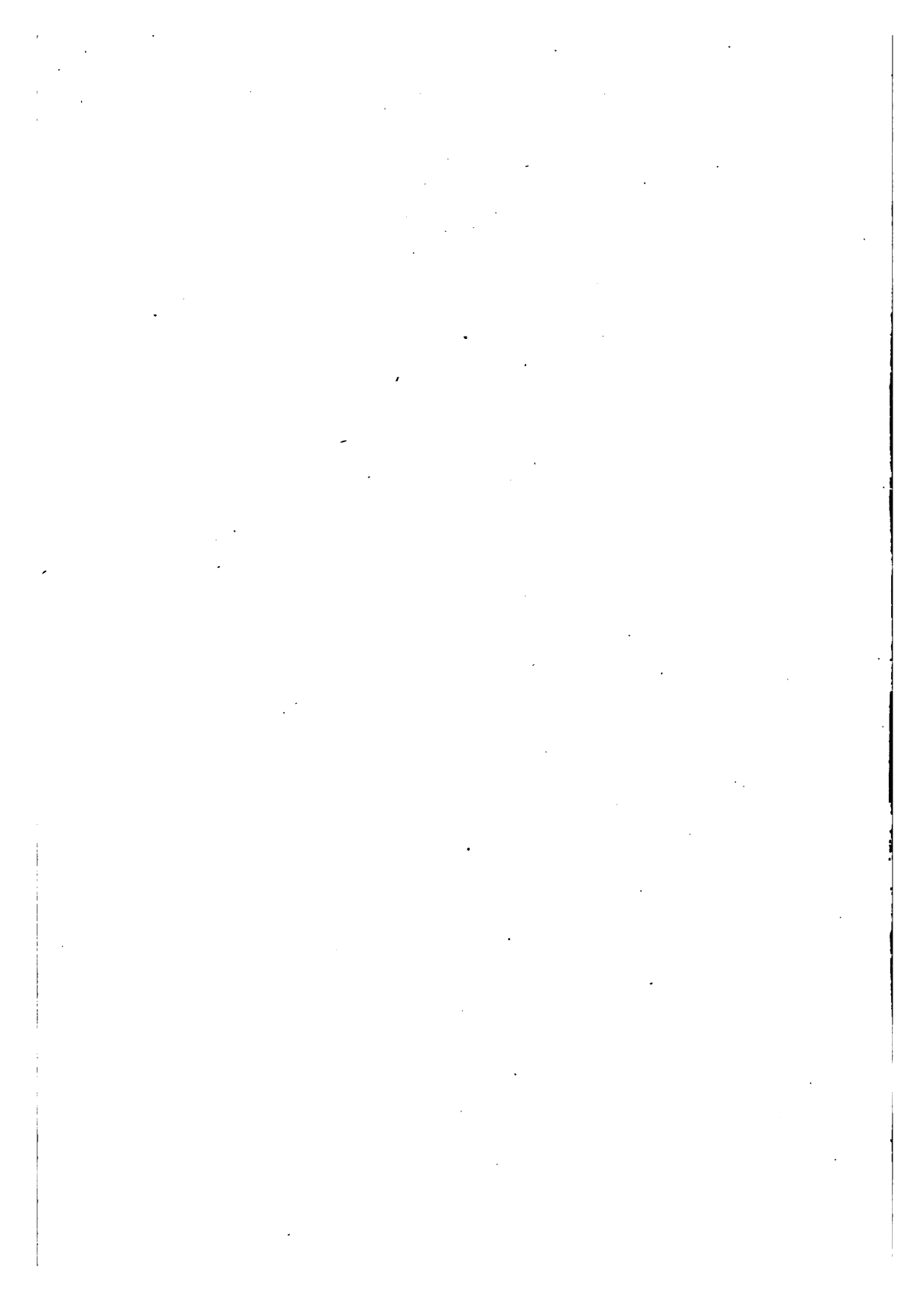
Received OCT 28 1937

Handwritten signature



Juristische Miethbücherei
Buchhandlung und Antiquariat
für Rechts- u. Staatswissenschaft
von
Struppe & Winckler
in N.W.
Poststrasse 82
im Wintergarten.
(g

Switzerland



* DER
EIGENTHUMSERWERB
DURCH SPECIFICATION.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER
HOHEN JURISTENFACULTÄT ZU TÜBINGEN

ZUR
ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

A. SULZER
AUS WINTERTHUR.

ZÜRICH.
DRUCK VON ORELL FÜSSLI & Co.
1883.

5007 22
C/1

+

10/28/37

HERRN PROF. DR. KOEPPEN

IN STRASSBURG

IN DANKBARKEIT UND ERGEBENHEIT

DER VERFASSER.

Einleitung.

Unter den römischen Juristen der Republik bestand über die Frage, wer im Falle einer s. g. Specification Eigenthümer der nova species sei, kaum eine Meinungsverschiedenheit. Die Quellen geben zwar über die Theorie der veteres iurisconsulti keine unmittelbare Auskunft, aber die widerstreitenden Ansichten datiren sie erst von den beiden juristischen Schulen zu Anfang der Kaiserzeit. Zwei Stellen von Gaius unterrichten uns über dieselben in folgender Weise:

Gaius II, 79.

In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur: proinde si ex uvis (aut olivis aut spicis) meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, aut ex meis tabulis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino

et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum aut collyrium feceris, (quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris,) an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero eius rem esse putant qui fecerit idque maxime diversae scholae auctoribus visum est.

l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1] Gaius l. 2 rer. cott.

Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit: ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel

aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.

Diesem Bericht der res cottidianae entspricht die Darstellung in Justinians Institutionen:

§ 25 *I. de R. D.* [2, 1].

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit? ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum, et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi

dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

Berücksichtigt man bei den Gaianischen Berichten die Mittheilungen, welche uns Pomponius über die Stifter der beiden Schulen macht, dass Atėjus Capito an der traditionellen Jurisprudenz festhielt, Antistius Labeo dagegen, als ein Mann von Talent und umfassender Bildung, viele neue Rechtsansichten begründete,¹⁾ so wird man schon deshalb geneigt sein, die Ansicht der Sabinianer als die überlieferte Lehre der alten Juristen, und Labeo als den Urheber der proculianischen Theorie zu betrachten.²⁾ Es stellt zwar Gaius l. c. nicht den Labeo und den Capito, sondern ihre Schüler, den Nerva und Proculus dem Cassius und Sabinus, einander gegenüber, allein

¹⁾ I. 2 § 47 D. de O. I. [1, 2], vergl. Pernice, Labeo I S. 22 ff.

²⁾ Vergl. Leist, Natur des Eigenthums S. 162 ff.

es unterliegt kaum einem Zweifel, dass dies nur aus demselben Grunde geschah, aus welchem die scholae ihren Namen nicht von ihren Stiftern, sondern von den Nachfolgern derselben führen:³⁾ denn die Vermuthung für die Urheberschaft des Labeo wird auch durch anderweitige erhebliche Gründe unterstützt.

Die Quellen bezeugen, dass die proculianische Theorie bereits von Labeo angewandt wurde. Die Entscheidung, dass eine Ehefrau, welche sich ein Kleid aus der ihr vom Manne geschenkten Wolle fertigt, das Eigenthum an dem Kleide erwirbt, wird auf ihn zurückgeführt,⁴⁾ nicht auf einen seiner Schüler und auch nicht auf einen seiner Vorgänger, wie es zu geschehen pflegt, wo er oder seine Schüler den Lehren der veteres folgten.⁵⁾ Aus den Quellen ergibt sich ferner, dass schon Labeo gegen eine falsche Anwendung der proculianischen Theorie energischen Widerspruch erhob. Die Ansicht, welche auch das Färben der Wolle als Herstellung einer nova species auffassen wollte,

³⁾ Nach Bremer, Die Rechtslehrer S. 68, weil die Nachfolger zuerst den Rechtsunterricht in einer festen statio erteilten; vergl. aber auch Pernice, Labeo I S. 34. Capito wird überhaupt bei den Controversen zwischen den beiden Schulen nie von den späteren Juristen angeführt, vergl. Puchta, Cursus der Institutionen I § 99 i. A.

⁴⁾ l. 29 § 1 D. de don. i. v. e. u. [24, 1]. Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait.

⁵⁾ So z. B. in l. 26 § 1 D. de A. R. D. [41, 1]. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset. l. 5 § 3 D. de R. V. [6, 1].

wies er durch eine Vergleichung der gefärbten mit der in den Schmutz gefallenen Wolle zurück.⁶⁾ Aus dieser Vergleichung und aus dem Irrthum, der sie veranlasste, ergibt sich allerdings, dass Labeo eine erst in der Entstehung begriffene Theorie vertrat, die bis zu einer scharfen Begriffsbestimmung der *nova species* noch nicht vorgeschritten war: denn zu einer solchen Vergleichung würde er kaum seine Zuflucht genommen haben, wenn er seine Widerlegung auf einen festen Begriff der *nova species* hätte stützen können. Allein dieser Umstand schliesst nicht aus, dass Labeo der Urheber der proculianischen Theorie war, d. h. dass er sie schon in der Gestalt aufstellte, in welcher sie von Nerva und Proculus gelehrt wurde.⁷⁾ Denn auch in dieser Gestalt war sie eine unentwickelte Theorie, die den Begriff der *nova species* noch nicht fixirt hatte. Dies zeigen die von Gaius l. c. angeführten Beispiele, nach welchen Nerva und Proculus irriger Weise auch das Ausdreschen von Getreide zu den Specificationsfällen zählten. Trotz seiner bekannten Neigung zum Definiren und Distinguiren,⁸⁾ mochte Labeo Anstand nehmen, für seine neue

⁶⁾ l. 26 § 2 D. de A. R. D. [41, 1]. Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.

⁷⁾ A. M. Pernice a. a. O. II S. 150 Note 6: er hält es wegen jener Vergleichung für unwahrscheinlich, dass Labeo der Urheber der proculianischen Theorie war und will ihm nur den Gedanken der Specification zuschreiben.

⁸⁾ Vergl. Pernice a. a. O. I S. 25 ff.

Lehre sofort eine Definition der *nova species* zu formuliren, in der Erkenntniss, dass dieser Begriff erst durch die Praxis seine richtige Begrenzung erhalten könne: *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*⁹⁾ Seine Schüler folgten ihm auch in dieser Beziehung. Wie ihr Meister, so nahmen auch sie an, dass die Frage, wann *ex aliena materia* eine *nova species* hergestellt sei, nur nach der populären Anschauung des gemeinen Lebens, nicht von der Jurisprudenz beantwortet werden könne. Es verblieb den Vertretern der *media sententia* die Aufgabe, durch wissenschaftliche Erwägungen über die Voraussetzungen für die Umbildung der *materia* zu einer *nova species* und über die verschiedene Natur der *materia* die *proculianische* Theorie im Einzelnen wie im Ganzen zu berichtigen.

Wie es hiernach, wenn auch nicht absolut gewiss, doch in hohem Grade wahrscheinlich ist, dass die Urheberchaft der *proculianischen* Theorie schon dem Labeo gebührt, so lässt sich auch mit ziemlicher Sicherheit aus den Quellen der Schluss ziehen, dass Sabinus und Cassius ihre Theorie von Capito als dessen Jünger adoptirten, und dass Capito sich der von den *veteres* überkommenen Lehre anschloss.

In dem Fall der *scriptura* auf fremden Stoff betrachteten die römischen Juristen, soweit unsere Kenntniss reicht,

⁹⁾ l. 202 D. de R. I. [50, 17].

von jeher die Schrift als *Accession*¹⁰⁾ des Stoffs, weil sie ohne diesen nicht existiren könne. Sie sagten: *necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*. Aus demselben Grunde lehrten sie auch für den Fall der *pictura* auf fremden Stoff ursprünglich einhellig den Satz: *picturam tabulae cedere*. Erst zu Gaius Zeit erhielt die entgegengesetzte Regel: *tabulam picturae cedere* das Uebergewicht, blieb aber bestritten bis auf Justinian:¹¹⁾

Gaius II, 77.

Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt.

Gaius II, 78.

Sed si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.

l. 23 § 3 D. de R. V. [6, 1] Paul. l. 21 ad ed.

Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra

¹⁰⁾ Der römische Ausdruck *accessio* wird bekanntlich in einem sehr weiten Umfange gebraucht. Auf Sachen bezogen bezeichnet *accessio* wie die Phrase *res rei cedit* den Zugangsbestandtheil einer Sache, der von ihrem Grundbestandtheil als dem *principalen* angezogen wird wegen des untergeordneten Verhältnisses, in welchem er zu diesem steht. Ueber die verschiedenen Merkmale der *Principalität* vergl. Brinz, Pand. 2. Aufl. § 146 u. Wächter, Pand. § 65 Beil. I.

¹¹⁾ § 34 I. de R. D. [2, 1].

senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

Aus diesen Stellen ergibt sich, dass die ältere römische Jurisprudenz die Herstellung eines Gemäldes auf einer fremden Tafel und das Schreiben von Büchern, Gedichten, Reden, Rechnungen u. s. w. auf fremdem Papyrus oder Pergament¹²⁾ in eine Linie stellte mit den Accessionen, die nur die Ausbesserung, Ergänzung, Vervollkommnung oder Verschönerung einer Sache bewirken,¹³⁾ wie z. B. das Anstreichen oder Bemalen zum Zweck ihrer Verzier-
 rung.¹⁴⁾ Sie beachtete nicht, dass hier in dem Gemälde und in dem Buch u. s. w. eine neue Sache entsteht, sie berücksichtigte bloss, dass das Gemälde und die Schrift als solche kein reales, greifbares Dasein haben, dass sie nur an dem Material, auf welchem sie gemacht sind, zur Erscheinung gelangen, also nicht ohne das Material, sondern nur als ein unselbständiger Theil desselben existiren können, weil durch das Malen und Schreiben die Farbe und die

¹²⁾ l. 9 § 1 D. de A. R. D. [41, 1] si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero. l. 3 § 14 D. ad exhib. [10, 4] servus, inquit, (Iulianus) uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est.

¹³⁾ z. B. si quis statuæ suae brachium aut pedem adiecerit, l. 23 § 2 D. de R. V. [6, 1]; si rotam meam vehiculo aptaveris, l. 7 § 1 D. ad exhib. [10, 4].

¹⁴⁾ l. 39 § 1 D. de H. P. [5, 3]. l. 7 § 2 D. ad exhib. [10, 4].

Tinte in dem Material aufgehen.¹⁵⁾ Deshalb betrachteten sie in dem neuen Ganzen das Material, auf welchem gemalt und geschrieben ist, als den fundamentalen Bestandtheil, das Gemälde und die Schrift aber als Accessionen desselben. Damit stellten sie den Fall der *pictura* und *scriptura* unter folgenden allgemeinen Grundsatz: was zu einer beweglichen oder unbeweglichen Sache als ein ihr untergeordneter, unselbständiger Bestandtheil hinzukommt, wird als *pars* von ihr angezogen und gehört deshalb dem Eigenthümer dieser Sache.¹⁶⁾

Demgemäss knüpft Gaius l. c. die *scriptura* und *pictura* unmittelbar an den auf diesem Grundsatz beruhenden Eigenthumserwerb durch *satio*, *plantatio* und *inaedificatio*,¹⁷⁾ und Paulus l. c. unmittelbar an die in l. 23 § 2 D. de R. V. [6, 1]¹⁸⁾ von ihm erwähnten Accessionen unter beweglichen Sachen. Beide erheben Widerspruch gegen die abweichende Behandlung der *pictura*, Gaius in den Worten: *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*, Paulus in dem

¹⁵⁾ Vergl. Bechmann, Eigenthumserwerb durch Accession S. 73 ff.

¹⁶⁾ Vergl. Brinz, Pand. § 146. Wächter, Pand. § 65 Beil. I.

¹⁷⁾ *Gaius* II, 73—76. l. 9 § 1 D. de A. R. D. [41, 1]. *Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur.*

¹⁸⁾ *Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici.*

Satze: *necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.*

Dieser Auffassung der Schrift und des Gemäldes auf fremdem Material entsprach es, wenn man auch in dem Fall: *cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit*, der sich bei Gaius II, 79 unmittelbar an den Fall der *scriptura* und *pictura* anschliesst, auf den Umstand, dass hier eine neue Sache entsteht, kein Gewicht legte, sondern nur in folgender Weise argumentirte. Die *species*, zu welcher ein Stoff umgebildet wird, hat als solche keine reale Existenz, sondern kommt nur an dem Stoff durch die Form, welche sie voraussetzt, zur Erscheinung. In dem neuen Ganzen ist deshalb der Stoff der fundamentale Bestandtheil, und die Form, welche ihm durch die Specification gegeben wird, eine *Accession* des Stoffes als ein ihm untergeordneter, unselbständiger Bestandtheil, der ohne den Stoff nicht existiren kann.¹⁹⁾ Daher muss das Eigenthum am Stoff die *nova species* an sich ziehen, und folgeweise diese, wenn sie ohne Verbindung aus Einem Stück gemacht wird,²⁰⁾ dem Stoffeigenthümer gehören; wird sie aber durch Verbindung aus

¹⁹⁾ Die Ansicht, dass die Sabinianer bei der Specification die neue Form als *Accession* des Stoffs behandelten, ist schon von Andern ausgesprochen, vergl. z. B. Böcking, Pand. § 154 Note 11, Puchta, Vorl. § 154 Note 4, Vangerow, Pand. I § 310, v. Scheurl, Beiträge I S. 283, Leist a. a. O. S. 133. S. 153 Note 2.

²⁰⁾ z. B. l. 24 D. de A. R. D. [41, 1] *si meo aere [marmore] statuum aut argento scyphum fecisses.*

mehreren Stücken gemacht, so ist entscheidend, ob die Theile in dem Verhältniss der Ueber- und Unterordnung oder in gleichem Verhältniss stehen: dort muss sie dem Eigenthümer des fundamentalen Bestandtheils zufallen,²¹⁾ bei unlösbarer Verbindung definitiv, bei lösbarer bis zur Lösung,²²⁾ hier²³⁾ dagegen muss sie bei unlösbarer Verbindung nach Massgabe des Sachwerths in's Miteigenthum der verschiedenen Stoffeigenthümer kommen,²⁴⁾ bei lösbarer Verbindung aber an den Eigenthumsverhältnissen nichts

²¹⁾ z. B. si quis ex sua purpura et aliena lana vestimentum fecerit, vergl. § 26 I. de R. D. [2, 1].

²²⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1]. Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. Ueber die Streitfrage, ob bei lösbarer Verbindung das Eigenthum an der res accessoria bis zur Lösung untergeht oder nur unvindicirbar ist, vergl. Brinz, Pand. § 146 Note 11 ff.

²³⁾.....si neutra alteri accessioni est, l. 27 § 2 D. de A. R. D. [41, 1].

²⁴⁾ l. 3 § 2 D. de R. V. [6, 1].....si quid quod eiusdem naturæ est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum, ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet. l. 4 D. eod., l. 5 § 1 D. eod. Idem (Pomponius) scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, *quosdam existimasse id quoque communicari.*

geändert werden.²⁵⁾ Hatten diese Anschauung, wie kaum zu bezweifeln steht, schon die alten römischen Juristen, so war die Theorie der Sabinianer bereits die Theorie der veteres. Capito und seine Nachfolger überkamen von ihnen den Satz: cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, *quia sine materia nulla species effici possit*.

Diesem Satz der alten Jurisprudenz stellte Labeo folgende Theorie gegenüber: hunc dominum esse qui fecerit, *quia quod factum est, antea nullius fuerat*. Bei der scriptura und pictura, durch die der Stoff, auf welchem geschrieben und gemalt wird, keine Umgestaltung erfährt, liess auch Labeo den bisherigen Gesichtspunkt gelten, nach welchem man die Schrift und das Gemälde als Accessionen des Stoffes auffasste. Aber bei der Umbildung eines fremden Stoffes zu einer andern Sache, wie sie sich z. B. mit der Fabrication von Gefässen aus Metall, von Wein aus Trauben, von Oel aus Oliven verbindet, wollte er als den fundamentalen Bestandtheil in dem neuen Ganzen die durch die Specification hergestellte Form, und als Acces-

²⁵⁾ l. 5 § 1 D. cit. sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividendo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio; sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen. l. 27 § 2 i. f. D. de A. R. D. [41, 1]. l. 12 § 1 D. eod. *Callistr. l. 2 inst.* Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.

sion den Stoff angesehen, also die bisherige Auffassung umgekehrt wissen. Dabei konnte er nur so argumentiren. Nicht der Stoff, sondern die Form ist es, welche das Wesen einer Sache bestimmt, weil die Form der Sache ihre Brauchlichkeit und dadurch ihren Werth giebt.²⁶⁾ Deshalb muss die Form den Stoff, aus welchem sie gebildet ist, an sich ziehen, also das bisherige Eigenthum am Stoff untergehen, und für die Frage, wem das neue Eigenthum an der nova species zukommt, muss der Gesichtspunkt massgebend sein, dass es sich bei der Fabrication einer nova species, mag sie aus Einem oder mehr als Einem Stück, aus fremdem oder aus fremdem und eigenem Stoff hergestellt werden, um eine Accession handelt, die aus dem Stoff (*ex ipso corpore*) erzeugt wird, wie die Frucht aus der fruchttragenden Sache, nicht, wie die Sabinianer annehmen, um eine Accession, durch welche von aussen die Form zu dem Stoff hinzukommt. Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so ergibt sich der Satz: *dominus est qui fecerit* und zwar aus dem in den Worten: *quia quod factum est, antea nullius fuerat* enthaltenen Rechtsprincip. Welches Rechtsprincip damit gemeint ist, kann erst unten (§ 4) gezeigt werden.

Auf dieser Grundlage entwickelte sich die *media sententia*: *si species ad materiam reverti possit, verius esse,*

²⁶⁾ l. 14 D. de V. S. [50, 16]. *rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum*. l. 13 § 1 D. eod. *plus est in manus pretio, quam in re*.

quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. Als Urheber dieser Theorie werden wir die Juristen anzusehen haben, welche keiner der beiden Schulen angehörten, sondern eine vermittelnde Stellung zwischen den Sabinianern und Proculianern einnahmen.²⁷⁾ Ihren Ausgangspunkt bildete wahrscheinlich die *scriptura* und *pictura*. Nach der obigen Ausführung wurden diese beiden Fälle auch von den Proculianern, in Uebereinstimmung mit den Sabinianern, wie von aussen her geschehene Accessionen behandelt, welche nur die Ergänzung, Vervollkommnung oder Verschönerung einer Sache bewirken, nicht als Specificationen, weil das Material, auf welchem geschrieben oder gemalt wird, durch das Schreiben oder Malen keine Umgestaltung erfährt. Wie bei andern accessorischen Verbindungen mussten daher beide Schulen auch hier auf die Lösbarkeit und Unlösbarkeit der Verbindung Gewicht legen und deshalb für die *scriptura* und für die *pictura* eine verschiedene rechtliche Beurtheilung nach folgenden Erwägungen eintreten lassen.

In dem Fall der *scriptura* konnten die *libri*, das *carmen*, die *historia*, die *oratio*, die *rationes* u. s. w. von dem Papyrus oder Pergament durch Abwaschen entfernt²⁸⁾ und vorher durch eine Abschrift reproducirt werden. Die Verbindung

²⁷⁾ Vergl. Esmarch, Römische Rechtsgeschichte S. 350.

²⁸⁾ Vergl. Marquardt, Römische Privatalterthümer. II S. 394. Birt, Das antike Buchwesen [1882]. S. 63.

war also eine lösbare: der fundamentale und der accessorische Bestandtheil liessen sich von einander trennen und in ihrer früheren Art wieder herstellen, wenn auch nicht durch eine körperliche Abtrennung. Deshalb durften hier die libri u. s. w. nicht definitiv von dem Eigenthum am Papier angezogen werden, sondern nur bis zur Lösung (quamdiu cohaerent) nach Analogie anderer accessorischer Verbindungen.²⁹⁾ Es musste demgemäss von dem Eigenthümer des Papiers einerseits die rei vindicatio auf die libri u. s. w., andererseits aber auch die actio ad exhibendum auf Trennung der libri von dem Papier und die rei vindicatio auf dieses angestellt werden können; und dem Beklagten musste im Fall der bona fides gegen beide Klagen³⁰⁾ nach den Grundsätzen über die Impensen eine exceptio doli propter impensam scripturae, in dem Fall der mala fides aber das ius tollendi zustehen. Ursprünglich war der Verfasser der libri u. s. w. auf diesen nur durch exceptio geschützten Anspruch beschränkt; er hatte keine Klage, wenn er nicht im Besitz der Schrift war.³¹⁾ Zu *Julian's* Zeit gab man ihm für diesen Fall, weil es die aequitas exhibitionis forderte, auch eine actio auf Vorzeigung der libri Zwecks Ausübung des ius tollendi, um sie abschreiben und von dem Papyrus oder Pergament ent-

²⁹⁾ Vergl. Note 22.

³⁰⁾ I. 3 § 13 D. ad. exhib. [10, 4].

³¹⁾ *Gaius* II, 77.

fernen zu können. Dies war eine *actio in factum*, nicht die *actio ad exhibendum*, weil die Trennung der Schrift vom Stoff nicht körperlich, sondern nur in Gestalt des Abschreibens und Abwaschens möglich und deshalb, wie die *vindicatio scripturae*, auch die *actio ad exhibendum* ausgeschlossen war.³²⁾ Das spätere römische Recht gewährte, wie eine Stelle von Paulus zeigt, beim Eigentumserwerb durch körperlich unlösbare *Accession* dem, der die *Accession* verloren hatte, statt des nur durch *exceptio* geschützten blossen *Impensenanspruchs*, einen durch *actio in factum* klagbaren Anspruch auf das *pretium eius quod accesserit*.³³⁾ Jetzt stand also diese *actio in factum* auch bei der *scriptura* dem Verfasser der Schrift zu, selbstverständlich aber nur im Fall der *bona fides*, die schon eine Bedingung des blossen *Impensenanspruchs* war.³⁴⁾

³²⁾ l. 3 § 14 D. ad exhib. [10, 4]. *Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur actionem mihi competere.*

³³⁾ l. 23 § 3 D. de R. V. [6, 1] *Paul.* l. 21 ad ed. *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit ... § 4. In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare. § 5..... ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.*

³⁴⁾ l. 9 § 1 D. de A. R. D. [41, 1].

So war die Theorie der *scriptura* auf fremden Stoff, wie es ihrer natürlichen Beschaffenheit entsprach, ganz analog der Theorie der *inaedificatio* auf fremden Boden: auch der Bauende hat, wenn er in *bona fide* ist, nicht bloss einen Anspruch auf Ersatz nach den Grundsätzen der *Impensen*, sondern auf das *pretium materiae et mercedes fabrorum*,³⁵⁾ und wenn er in *mala fide* ist, beschränkt sich auch sein Anspruch auf das *ius tollendi*.³⁶⁾

Anders gestaltete sich die Theorie für den Fall der *pictura*.

Das Gemälde auf fremder Tafel lässt sich zwar von dieser entfernen, aber nicht durch eine Copie in seiner früheren Art wieder herstellen. Die Verbindung zwischen dem fundamentalen und dem accessorischen Bestandtheil ist daher hier eine unlösbare. Nach Analogie anderer unlösbarer accessorischer Verbindungen musste also das Gemälde definitiv von dem Eigenthum an der Tafel angezogen werden.³⁷⁾ Nach dieser ursprünglichen Auffassung hatte der Eigenthümer der Tafel die *rei vindicatio*, der Maler aber nur einen durch *exceptio* geschützten *Impensenanspruch*, falls er in *bona fide* war; von einem *ius tollendi*, wie bei der *scriptura* konnte hier nicht die Rede sein, also auch

³⁵⁾ l. 7 § 12 D. de A. R. D. [41, 1]. § 30 I. de R. D. [2, 1].

³⁶⁾ l. 37 D. de R. V. [6, 1]. l. 19 § 4 D. loc. [19, 2]. Vergl. Vangerow, Pand. I § 329 Anm. 1.

³⁷⁾ Vergl. l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1].

nicht von einer *actio in factum* des Malers auf Vorzeigung Zwecks Ausübung des *ius tollendi*. Aus seinem Impensenanspruch erhielt aber der Maler im besten Fall den Betrag seiner Kosten für die Herstellung des Gemäldes,³⁸⁾ nicht das *pretium*, nicht einmal den Marktwert, geschweige denn den Preis, den er nach den concreten Umständen bekommen konnte.³⁹⁾ Diese Theorie entsprach in der That der natürlichen Beschaffenheit der *pictura* auf fremder Tafel nicht. Ihre Anwendung in der Praxis auf werthvolle Gemälde musste nothwendig das Rechtsgefühl verletzen, da sie dem Maler den Preis des Gemäldes entzog und dem Eigenthümer der Tafel ein *lucrum ex aliena iactura* brachte. Wenn man diese Erfahrung machte, so konnte es sich nur noch um die Frage handeln, ob man auch dem Maler, wie bei der *scriptura* dem Verfasser der *libri* u. s. w., eine in *factum actio* auf das *pretium eius quod accesserit* d. i. auf den Preis des Gemäldes geben sollte, oder ob man nach der natürlichen Beschaffenheit der *pictura*⁴⁰⁾ und nach den gerechten Ansprüchen des Malers die Tafel als *Accession* des Gemäldes zu betrachten habe. Paulus erklärte sich noch in der l. 23 § 3 cit. D. de R. V. [6, 1], wie das ursprünglich auch von Gaius geschah, für die erste Alter-

³⁸⁾ l. 38 D. de R. V. [6, 1]. l. 8 D. de imp. [25, 1]. l. 25 D. de pign. act. [13, 7]. Vergl. Wächter, Pand. I § 67 Beil. I, 2.

³⁹⁾ Vergl. l. 33 D. ad leg. Aquil. [9, 2].

⁴⁰⁾ § 34 l. de R. D. [2, 1]..... *ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.*

native, andere Juristen dagegen für die Regel: *tabulam picturae* cedere und zwar, wie Paulus l. c. berichtet, *propter pretium picturae* d. h. um dem Maler den durch individuelle Neigungen bestimmten Preis zu sichern:

Gaius II, 78 magis enim dicitur tabulam picturae cedere; ... certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subripuisti tabulam sive alius, competit mihi furti actio.⁴¹⁾

Hiernach hat der Maler das Eigenthum des Gemäldes, das er natürlich hier wie überall gegen den Besitzer durch *rei vindicatio directa*,⁴²⁾ und als Besitzer durch *exceptio dominii* geltend machen kann. Stellt er die *rei vindicatio* gegen den Eigenthümer der Tafel an, dann muss er ihm das *pretium tabulae* zahlen, sonst steht ihr die *exceptio doli* entgegen. Damit ist dieses *pretium* dem dominus tabularum gesichert, wenn er sich im Besitz des Gemäldes befindet. Hat er den Besitz nicht, so steht ihm

⁴¹⁾ Vergl. § 30 I. de R. D. [2, 1]. l. 9 § 2 D. de A. R. D. [41, 1].

⁴²⁾ l. 9 § 2 D. de A. R. D. [41, 1]. *adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus.*

eine *actio utilis*, und zwar eine *rei vindicatio utilis*⁴³⁾ auf Rückübertragung seines früheren Eigenthums an der Tafel zu⁴⁴⁾. Bei Anstellung dieser Klage muss er dem Maler den Kostenbetrag der *pictura* offeriren, sonst kann ihn dieser mit einer *exceptio doli* zurückweisen. Ist aber diese Offerte erfolgt, so muss der Maler seinerseits dem Dominus das *pretium tabulae* offeriren, sonst wird er zur Restitution condemnirt. — Auf diese Weise war das Interesse beider Theile gleichmässig gewahrt. Deshalb bekannte sich denn auch alsbald die Mehrzahl der römischen Juristen zu dieser neuen Theorie. Gaius der in seinen Institutionen noch an dem alten Recht festhielt, stimmte in seinen *res cottidianae* der neuen Lehre zu.⁴⁵⁾ Paulus l. c. beharrte aber bei seinem Widerspruch, so dass der Satz: *tabulam picturae cedere* erst durch Justinian unbestrittene Geltung erhielt.⁴⁶⁾

Als diese neue Theorie für die *pictura* der Theorie für die *scriptura* gegenübertrat, war der erste Schritt zur *media sententia* gethan. Dass sich diese beiden Fälle, ohne Widerspruch mit ihrer natürlichen Beschaffenheit, nicht den Accessionen gleichstellen liessen, bei welchen nur

⁴³⁾ Nach dem Zeugniß von *Theophilus* zu § 34 I. de R. D. [2, 1].

⁴⁴⁾ c. 1. C. de donat. [8, 55] *vindicationem* *utilem*, *id est actionem, qua dominium pristinum restituitur tibi*.

⁴⁵⁾ l. 9 § 2 D. de A. R. D. [41, 1].

⁴⁶⁾ § 34 I. de R. D. [2, 1].

eine Sache durch eine andere ergänzt, vervollkommenet oder verschönert wird, lag zu Tage. Die Erwägung, dass die hergestellte Verbindung in den libri u. s. w. und in dem Gemälde neue Sachen mit einer neuen Brauchlichkeit zur Existenz bringt, musste nothwendig zu folgender Ansicht führen: die *scriptura* und *pictura* sind der *Specification* analoge Fälle; ist es in diesen Fällen angemessen, nach der Lösbarkeit und Unlösbarkeit der Verbindung verschiedene Theorien zur Anwendung zu bringen, dann müssen diese Theorien auf die *Specification* analog ausgedehnt werden.

Aus der Theorie für die *scriptura* ergiebt sich der Satz: ist die *nova species* von dem Stoffe lösbar, dann ist sie nur an dem Stoffe, nicht aus dem Stoffe fabricirt und deshalb nur eine *Accession* des Stoffs von aussen her; hier muss daher die Theorie der Sabinianer zur Anwendung kommen. Lösbar ist aber die *nova species* bei *Fabrication* bloss aus fremdem Stoff, wenn sie sich von dem Stoffe wegnehmen, also dieser sich wieder herstellen lässt, und bei *Fabrication* aus fremdem und eigenem Stoff, wenn sich die verbundenen Stoffe trennen und deshalb ebenfalls wieder herstellen lassen. In beiden Fällen hat der *Specificant* gegen die *rei vindicatio* oder *actio ad exhibendum* des *dominus* die *exceptio* auf das *pretium eius quod accesserit* d. h. auf den Preis seiner Arbeit, auch dann wenn die zur *nova species* von ihm verbundenen Sachen in coordi-

nirtem Verhältniss stehen;⁴⁷⁾ und ist er nicht im Besitz der nova species, so hat er die actio in factum auf dieses pretium.

Die Theorie für die pictura dagegen führt zu folgendem Satz: ist die nova species von dem Stoffe nicht lösbar, weil er sich nicht wieder herstellen lässt, so ist sie eine aus dem Stoff fabricirte Accession; hier muss deshalb die Theorie der Proculianer Anwendung finden, und zwar mit der Ausbildung, welche die neue Theorie der pictura erhalten hat, so dass dem Specificanten wie dem Maler die rei vindicatio directa, und dem Stoffeigenthümer wie dem dominus tabularum die actio utilis zusteht.

Auch dieser neuen Specificationslehre wurde alsbald der Vorzug vor den bisherigen widerstreitenden Theorien eingeräumt. Gaius, der sich in seinen Institutionen noch zu der sabinianischen Lehre bekannte, hat sich in seinen res cottidianae zur media sententia bekehrt. Ebenso wurde sie von seinem Zeitgenossen Pomponius und von seinen Nachfolgern, namentlich von Callistratus, von Ulpian, von Paulus (obwohl dieser für den Fall der pictura bei der alten Lehre stehen blieb) und schliesslich auch von Justinian⁴⁸⁾ adoptirt:

*l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1] Gaius l. 2 rer. cott.
... est tamen etiam media sententia recte existimantium.*

⁴⁷⁾ Vergl. Note 23.

⁴⁸⁾ § 25 I. de R. D. [2, 1].

l. 29 § 1 D. de donat. i. v. e. u. [24, 1] Pomp. l. 14 ad Sab.

Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait.

l. 30 D. eod. Gaius l. 11 ad ed. prov.

Utilem tamen viro competere.

l. 12 § 1 D. de A. R. D. [41, 1] Callistr. l. 2 inst.

Si aere meo et argento tuo conflato species aliqua facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.⁴⁹⁾

l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1] Ulp. l. 16 ad ed.

Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.

l. 26 pr. D. de A. R. D. [41, 1] Paul. l. 14 ad Sab.

Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia

⁴⁹⁾ Auch diese Stelle enthält eine Anwendung der media sententia. Sie spricht von einer Specification durch eine lösbbare Verbindung, bei der die Theile in gleichem Verhältniss stehen. Für solche Specificationen gilt, weil die Stoffe, aus welchen die nova species gemacht ist, wiederhergestellt werden können, nach der media sententia die Theorie der Sabinianer, derzufolge hier, wie oben [Note 25] ausgeführt wurde, kein Miteigenthum entsteht, sondern die Eigenthumsverhältnisse keine Aenderung erfahren. Vergl. Fitting, Archiv für civil. Praxis B. 48 S. 165.

cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.⁵⁰⁾

Die practischen Erwägungen, welche dieser Entwicklung der Specificationslehre zu Grunde liegen, sind in den Quellen nicht ausgeführt. Abgesehen von dem Passus in § 25 I. de R. D. [2, 1]: quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque.... dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit, enthalten sie nur den Hinweis, dass die sabinianische und proculianische Theorie aus der naturalis ratio abgeleitet wurden.⁵¹⁾ Dieser Hinweis bezieht sich nur auf ihre juristische Begründung, nicht auf ihre practischen Gründe. Selbstverständlich hatte jede der drei Specificationstheorien den practischen Zweck, bestimmten Lebensinteressen gerecht zu werden. Ueber die Frage, was diesen Interessen entspreche, waren ihre Vertreter verschiedener Meinung. Deshalb stellten sie verschiedene Principien auf und suchten diese aus der naturalis ratio zu begründen.

Um den Werth der drei Theorien beurtheilen zu können, müssen ihre juristische Begründung und

⁵⁰⁾ Vergl. l. 24 D. h. t. [41, 1].

⁵¹⁾ Gaius II, 79 ... *naturalis ratio* requiritur ... l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1]..... *naturalem rationem* efficere ... § 25 I. de R. D. [2, 1]. ...quis eorum *naturali ratione* dominus sit...

die rechtlichen Wirkungen, welche sie nach dieser Begründung hatten, einer Untersuchung unterzogen und aus dem Ergebniss ihr practischer Zweck und ihre practischen Consequenzen erschlossen werden.

Diese Untersuchung bildet den Gegenstand dieser Abhandlung, um die Grundsätze darzulegen, welche schliesslich im justinianischen Recht recipirt sind und deshalb heute gemeinrechtliche Geltung haben.

Erstes Kapitel.

Die Theorie der Sabinianer.

§ 1.

I. Juristische Begründung.

Die Sabinianer lehrten: *naturalem rationem* efficere, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit.¹⁾ Unter der naturalis ratio verstanden sie hier nicht die Quelle für die Rechtssätze des ius gentium im Gegensatz zum ius civile,²⁾ sondern die natürliche Beschaffenheit der Specification. Die in jenen Worten ausgesprochene Ansicht war daher folgende. Nach der natürlichen Beschaffenheit der Specification führt die Anwendung des geltenden Rechts auf diese Thatsache zu dem Ergebniss, dass der Eigenthümer des Stoffs auch als Eigenthümer der nova species anerkannt werden

¹⁾ l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1.]

²⁾ *Gaius* I, 1. — l. 1 pr. D. de A. R. D. [41, 1].

muss, cum quis ex alinea materia speciem aliquam suo nomine fecerit. Es fordert diese Anerkennung nicht ein Rechtssatz, den die naturalis ratio inter omnes homines constituit, sondern eine durch die Wissenschaft aus dem bestehenden Recht abstrahirte Regel:³⁾ eine regula, quae ex iure fit.⁴⁾ Die wissenschaftliche Argumentation, auf welche die Sabinianer diese Regel stützten, ergibt sich aus dem für sie angeführten Grunde: quia sine materia nulla species effici possit.

Durch Menschenwerk, so deducirten sie, kann ein Stoff weder geschaffen noch vernichtet werden. Alle Stoffe werden der Natur verdankt. Die menschliche Arbeit kann nur Brauchlichkeiten an dem Stoffe schaffen, sowohl an beweglichen Sachen, wie an Grundstücken; sie kann es nur dahin bringen, dass der Stoff, der an sich selbst eigenschafts- und formlos ist,⁵⁾ Eigenschaften und mit ihnen eine durch die Sinne wahrnehmbare Form annimmt, durch welche er für bestimmte Zwecke der Menschen nutzbar wird.⁶⁾

³⁾ Als eine solche regula iuris bezeichnet Gaius II, 78 auch den Satz: tabulam picturae cedere.

⁴⁾ l. 1 D. de R. I. [50, 17].

⁵⁾ Seneca epist. 65. materia iacet iners, cessatura, si nemo moveat.

⁶⁾ Seneca epist. 65. 2. . . . Stoici nostri Duo esse in rerum natura, ex quibus omnia fiant *causam et materiam* *causa materiam format*. Ueber die Frage, in wie weit die römischen Juristen sich in der Specificationslehre von der stoischen Physik beeinflussen liessen, die hier auf sich beruhen muss, vergl. Göppert, Einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 6. Die weitere Ausführung wird ergeben, dass sie von wirtschaftlichen Gründen geleitet wurden.

Diese Form macht den Stoff zu einer *species* d. h. zu einer Sache, die durch ihre Eigenschaften ihr eigenes Wesen hat.⁷⁾ Der Theil der ihr Wesen ausmachenden Eigenschaften, den sie mit andern Sachen gemein hat, vereinigt sie mit diesen zu einer Gattung (*genus*); durch die ihr ausschliesslich innewohnenden Eigenschaften, durch die sie eine ihr eigenthümliche Brauchlichkeit hat, bildet sie eine besondere Art der Gattung (*species*),⁸⁾ nach der sie ihren Namen führt.⁹⁾ Wie der Mensch durch seine Arbeit nicht den Stoff, sondern nur die *species* aus dem Stoff produciren kann, so kann er auch nicht den Stoff, sondern nur die Eigenschaften des Stoffes vernichten und zerstören, die ihm seine eigenthümliche Brauchlichkeit geben und dadurch zu einer bestimmten *species* machen.¹⁰⁾ Die Bildung einer *species ex aliena materia* ist daher nur eine *mutatio formae*. Sie giebt dem Stoff nur durch neue Eigenschaften eine neue eigenthümliche Brauchlichkeit, die das besondere Wesen einer bestimmten Sache ausmacht, sowohl

⁷⁾ *Brissonius* s. v. *forma*: *forma* ut ait Festus faciem cuiusque rei significat. A *figura* tamen eam Nonius ex Cicerone eo differre tradit, quod *forma* integritas *speciei*, *figura* forma nostra significetur. — *Forma* etiam, ut ait Seneca ep. 65, est quae unicuique operi ponitur, tanquam statuæ. Vergl. auch *Brissonius* s. v. *facies*.

⁸⁾ Vergl. Göppert a. a. O. S. 27.

⁹⁾ l. 6 D. de R. V. [6, 1] . . . appellatio rei non *genus*, sed *speciem* significat.

¹⁰⁾ Seneca de benef. 5. 8 § 5. Rerum natura nihil dicitur perdere . . . nec perire quidquam potest. Vergl. Böcking, Pand. II § 155 Note 2.

bei der Umgestaltung von beweglichen Sachen wie von Grundstücken z. B. bei der Umwandlung eines Ackers in eine Wiese. Hier wie dort ist der Stoff auch die körperliche Substanz der *nova species*: *corpus manet, forma mutata est.*¹¹⁾ Deshalb ist die *nova species* zwar eine *nova res*, weil die Identität der Sache stets durch die Identität der *species* bedingt ist,¹²⁾ aber sie ist kein *novum corpus* d. h. kein neuer Stoff, sondern der alte Stoff mit den Eigenschaften einer neuen Sache: *materia manet, species dumtaxat mutata est.*¹³⁾ Für diese wie für alle Eigenschaften, die der Stoff, sei es durch Arbeit sei es durch Zufall, erhält, bildet er selbst die körperliche Grundlage, ohne welche sie nicht existiren können, weil sie von ihm getragen werden. Die Specification bewirkt also nur, dass der Stoff Träger für die Eigenschaften einer neuen Sache und dadurch der fundamentale Bestandtheil der neuen Sache wird. Das ist die natürliche Beschaffenheit dieser Thatsache.

Wendet man nun auf diese Thatsache — so argumentirten die Sabinianer weiter — das geltende Recht an,

¹¹⁾ l. 13 § 1 D. de V. S. [50, 16]. Siehe die folgende Note.

¹²⁾ l. 76 i. f. D. de iudic. [5, 1]. cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari. l. 13 § 1 D. de V. S. [50, 16]. Res „abesse“ videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae videri abesse. l. 14 D. eod. Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem „abesse.“

¹³⁾ Vergl. l. 24 D. de A. R. D. [41, 1].

so muss ihrer natürlichen Beschaffenheit gemäss (naturali ratione) das bisherige Eigenthum auch an dem Stoff in der neuen Form fortdauern:¹⁴⁾ denn den Gegenstand

¹⁴⁾ *l. 24 D. de A. R. D. [41, 1] Paulus l. 14 ad Sabinum.*
 si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuum aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere. Paulus entscheidet hier einen Fall, für den nach der von ihm vertretenen media sententia verius est, quod Sabinus et Cassius senserunt, weil der Stoff, aus dem die nova species gemacht ist, wiederhergestellt werden kann, und sagt ausdrücklich, dass in diesem Fall der Eigenthümer des Stoffes auch Eigenthümer der nova species bleibe, also dass das bisherige Eigenthum am Stoff auch an dem Stoff in der neuen Form fortdaure. Es ist deshalb ein Irrthum, wenn Fitting, Arch. f. civil. Pr. Bd. 48 S. 152 ff. im Anschluss an Bechmann ebenda Bd. 47 S. 40 behauptet, die Auffassung der Form als Accession des Stoffes sei dem Sabinus und Cassius fremd; beide hätten wie Nerva und Proculus angenommen, dass an der neuen Sache auch ein neues Eigenthum entstehe, nur über die Frage, wem dieses neue Eigenthum gebühre, seien sie anderer Ansicht gewesen als Nerva und Proculus: sie hätten das neue Eigenthum an der nova species dem alten Eigenthümer zugeschrieben, weil der Stoff, woraus sie bestehe, in seinem Eigenthum gewesen sei. Erst der Sabinianer Julianus habe es sich zur Aufgabe gemacht, das Eigenthum am Stoff unverändert auf die nova species übergehen zu lassen, in der Erwägung, dass die Ansicht des Sabinus und Cassius zu dem Standpunkt des Proculus und Nerva führe. Gegen diese auch von Windscheid, Pand. § 187 Note 2, adoptirte Ansicht Fittings macht bereits Brinz, Pand. § 149 S. 574 a. E. mit Recht folgenden Einwand: „hätten sie (Sabinus und Cassius) neues Eigenthum angenommen und dieses gleichwohl dem alten Eigenthümer zukommen lassen, so liesse sich zwar ein Grund, weshalb sie dies thaten, immerhin angeben; allein die neue Erwerbsweise, die damit eingeführt worden, wäre erst zu benennen und zu rubriciren.“ Wenn aber Brinz fortfährt: „Indem also die Sabinianer an der nova species das alte Eigenthum festhielten, dürften sie harmonischer in der neuen Form auch die alte Sache festgehalten haben,“ so möchte doch wohl nach den in der Note 12 citirten Stellen anzunehmen sein, dass die römischen Juristen über den Satz: nova species, nova res von jeher einverstanden waren, und dass demgemäss

des Eigenthums, das, was dem Eigenthümer kraft seines

Sabinus und Cassius an der nova species als einer nova *res*, weil sie durch Accession entstand, das alte Eigenthum fortdauern liessen. Die Stellen, auf welche Fitting seine abweichende Meinung stützt, sprechen nicht vom Eigenthum, sondern nur von iura in re aliena. Die l. 18 § 3 D. de pig. act. [13, 7] und die l. 10 § 7 D. quib. mod. ususfr. [7, 4] sagen nur: nach Cassius und Sabinus gehe das Pfandrecht und der legirte *ususfructus* an einer Sache nach dem massgebenden Willen des Disponenten unter, wenn sie in eine alia *res* umgewandelt werde, weil dann die *res*, an der diese Rechte bestellt sind, nicht mehr existirt. Dass auch das Eigenthum durch eine Umwandlung seines Gegenstandes in eine nova species nach der Ansicht des Cassius und Sabinus erloschen sei, ergibt sich aus diesen Stellen nicht.

Auch die vermeintliche Reform *Julians* leitet Fitting aus Stellen her, die für sie in der That keinen Anhalt bieten. Die l. 44 § 2 D. de legat. [30] von Ulpian enthält nur folgende von ihm gebilligte Entscheidung *Julians* über die Frage, ob eine tacita ademptio legati anzunehmen sei, falls der Testator aus der legirten Sache eine neue fabricirt hat: wenn, sagt *Julian*, den Gegenstand eines Damnationslegats (nicht eines Vindicationslegats, wie Fitting a. a. O. S. 160 irrthümlich annimmt, vergl. Brinz a. a. O. Note 20) Becher bilden oder Wolle, so bleibt das Vermächtniss gültig, auch wenn der Erblasser die Becher eingeschmolzen oder aus der Wolle ein Kleid gemacht hat: legatum consistere et quod extat *deberi* *si modo non mutaverit testator voluntatem*; vergl. l. 44 cit. § 3. Auch l. 88 D. de leg. [32] von Paulus und l. 6 § 1 D. de auro arg. [34, 2], auf die sich Fitting beruft, beziehen sich auf jene Frage; in der zweiten Stelle, die von einem Vindicationslegat spricht, heisst es: die legirte Sache ist, wenn der Testator aus ihr eine nova species macht, eine *res extincta* ac tali permutatione *voluntas quoque videatur mutata*. Ob das Eigenthum des Testators durch die Specification untergehe oder nicht, diese Frage wird in jenen Stellen gar nicht berührt, sie handeln nur von dem Untergang eines Vermächtnisses auf Grund einer tacita ademptio. Völlig zutreffend sagt deshalb Brinz a. a. O. S. 575 gegen die von Fitting dem *Julian* zugeschriebene Reform: „Dass gerade *Julian* es sich zur Aufgabe gemacht habe, im Gegensatz zu den Proculianern und im Bunde mit den Sabinianern die neue Sache dem alten Eigenthümer, demselben jedoch im Gegensatz zu den ältern Sabinianern das alte Eigenthum an der neuen Sache zu

Eigenthums gehört (suum est), ist die körperliche Substanz

geben, ist schwer zu glauben: aus Vermächtnissen, in denen über die Thatsache der Specification und deren Consequenzen hinweg auf den Willen des Disponenten zu sehen ist, lässt es sich nicht beweisen.“

Hiermit erledigt sich zugleich die Ansicht Fittings a. a. O. S. 161 ff. und 175 ff., es hätten unter den classischen Juristen drei verschiedene Grundauffassungen über die Folgen der Specification bestanden: die der Sabinianer, nach welcher der Stoffeigenthümer an der neuen Sache neues Eigenthum erwerbe und alle übrigen Verhältnisse der alten Sache erlöschen, die der Proculianer, nach welcher der Specificant an der neuen Sache als *res nullius* neues Eigenthum erwerbe, und die Julians, nach welcher an der nova species alle rechtlichen Verhältnisse an der alten Sache fort dauern, weil sie in der That die alte Sache sei nur in neuer Gestalt. Der Versuch, diese drei Grundauffassungen mit einander zu vereinigen, habe zu zwei Mittelmeinungen der römischen Juristen geführt. Die eine Mittelmeinung mit dem Zweck, die sabinianische und die proculianische Theorie zu vereinigen, als deren Vertreter *Gaius* und *Ulpian* bezeichnet werden, habe den Satz aufgestellt: „die nova species ist stets eine neue Sache, an der neues Eigenthum erworben wird, dieses neue Eigenthum muss aber, wenn die nova species rückführbar ist, wegen Identität des Stoffes dem Eigenthümer der alten Sache, dagegen wenn sie nicht rückführbar ist, dem Specificanten durch Occupation zufallen, weil die neue Sache dann eine *res nullius* ist.“ Da die Sabinianer, wie oben gezeigt ist, überhaupt nicht der Ansicht waren, dass der Stoffeigenthümer neues Eigenthum an der nova species erwerbe, so enthielt auch die media sententia nur den Satz: an der rückführbaren nova species setzt sich das bisherige Eigenthum am Stoff fort. Die zweite Mittelmeinung, als deren Vertreter *Pomponius* und *Paulus* genannt werden, bezweckte nach Fitting die Vereinigung der angeblichen Julianischen Lehre mit der proculianischen und ging dahin: „nur die rückführbare nova species sei in Wirklichkeit noch die alte Sache, deshalb dauerten an ihr alle rechtlichen Verhältnisse der alten Sache fort, dagegen die nicht rückführbare nova species sei wirklich eine neue Sache, die als *res nullius* dem Specificanten zufalle.“ Für diesen zweiten Vereinigungsversuch fehlte in der That der Gegenstand: denn hätte *Julian* die ihm zugeschriebene Auffassung in den dafür citirten Stellen wirklich ausgesprochen, so hätte er sich damit nur zu der Ansicht der sabinianischen Schule bekannt. Gegen eine Verschiedenheit der sabinianischen und julianischen Auffassung erklärt

der Sache, das *corpus*,¹⁵⁾ nicht bloss die *species*, die dem *corpus* seine Form giebt. Diese ist als eine Eigenschaft des Stoffes, für welche er die körperliche Basis bildet, eine *Accession* des Stoffs. Wie die *area*, welche durch Bebauung ein *aedificium* wird, als die körperliche Basis, ohne welche das Gebäude nicht existiren kann, die *maxima pars insulae est, cui etiam superficies cedit*,¹⁶⁾ gleichviel ob der Eigenthümer oder ein Dritter das Gebäude für sich errichtet, so ist auch das Silber, aus welchem ein Gefäss gemacht wird, als der fundamentale Bestandtheil, ohne welchen das Gefäss nicht existiren kann, die *maxima pars*, der die Form, welche dem Stoff gegeben ist, folgen muss, gleichviel ob es aus eigenem oder fremdem Silber fabricirt ist: *quia sine materia nulla species effici potest*. Es fehlt an einer *idonea ratio*, bei der *Specification* beweglicher Sachen, die ein

sich auch Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der *Publiciana in rem actio* S. 102, aber er theilt Fittings Meinung über die Ansicht der Sabinianer und nimmt an, dass erst in der Theorie der *media sententia* die rückführbare *nova species* als die alte Sache betrachtet worden sei.

¹⁵⁾ Deshalb wird auch das Eigenthum selbst durch *corpus* und *res corporalis* bezeichnet, während alle andern Rechte im Gegensatz zum Eigenthum *res incorporales* heissen, weil durch sie dem Berechtigten keine körperliche Sache, sondern nur ein *ius* gehört, § 12 I. de reb. incorp. [2, 2], l. 13 § 1, l. 19 pr. D. de damn. inf. [39, 2]; auch durch die *iura in re* gehört dem Berechtigten kein Theil der Sache, an der sie zustehen, sie bleibt in allen ihren Theilen eine fremde, ausschliesslich dem Eigenthümer gehörige Sache: l. 25 pr. D. de V. S. [50, 16] *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse*.

¹⁶⁾ l. 98 § 8 D. de solut. [46, 3].

Nichteigenthümer vornimmt, diesen Gesichtspunkt zu verleugnen, während man ihn bei der Umbildung eines Grundstückes zu einer nova species zur Anwendung bringt.

Hiernach kann die Frage: *quis naturali ratione dominus sit, cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit,*¹⁷⁾ nur dahin beantwortet werden:

*Materiam et substantiam spectandam esse, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse.*¹⁸⁾

Nach diesem Prinzip müssen, wie schon oben¹⁹⁾ hervorgehoben wurde, Specificationen aus mehr als Einem Stück in folgender Weise beurtheilt werden: stehen die Theile der nova species in dem Verhältniss der Ueber- und Unterordnung, so gehört sie dem Eigenthümer des fundamentalen Bestandtheils, bei unlösbarer Verbindung definitiv, bei lösbarer bis zur Lösung; stehen dagegen die Theile der nova species in gleichem Verhältniss, so kommt sie bei unlösbarer Verbindung nach Massgabe des Sachwerthes in's Condominium der verschiedenen Stoffeigenthümer, bei lösbarer Verbindung aber wird an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert:

l. 61 D. de R. V. [6, 1] Iulianus l. 6 ex Minicio.

¹⁷⁾ § 25 I. de R. D. [2, 1].

¹⁸⁾ *Gaius* II, 79.

¹⁹⁾ Einleitung Seite 15 ff.

Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret, respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse; Iulianus notat, nam proprietas totius navis carinae causam sequitur.²⁰⁾

l. 5 § 1 D. eod. Ulpian. l. 16. ad edict.

Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam²¹⁾ existimasse id quoque communicari.

²⁰⁾ Diese vielbesprochene Stelle hat m. E. folgenden Sinn: nach der Ansicht des Minicius bleibt Derjenige, welcher sein Schiff mit fremdem Holz ausbessert, dem ungeachtet Eigenthümer des Schiffes, weil das zu diesem Zweck verwendete Holz als eine Accession des Schiffes zu betrachten ist. Diese Ansicht will *Julian* in folgender Weise berichtigen: sie trifft nur zu, wenn bei der Reparatur des Schiffes der alte Kiel bleibt und deshalb das Schiff dasselbe ist: carina eadem manente, l. 24 § 4 D. de leg. I, vergl. mit l. 76 D. de iud. [5, 1], l. 83 § 5 D. de V. O. [45, 1], l. 98 § 8 D. de solut. [46, 3]; besteht dagegen die Ausbesserung des Schiffes in einem Neubau, weil der fundamentale Bestandtheil, der Kiel, neu gemacht wird, so gehört der Kiel dem Eigenthümer des Holzes, aus dem er gemacht ist [quod ex re nostra fit nostrum est], und diesem gehört demgemäss auch das ganze Schiff, weil alle übrigen Theile des Schiffes Accessionen des Kieles sind. *Julianus* brachte also in dieser Stelle die Theorie der Sabinianer zur Anwendung. Gleichwohl konnte sie in das Corpus iuris ohne einen Widerspruch mit der recipirten media sententia, wie ihn *Vangerow*, Pand. I S. 565, annimmt, aufgenommen werden, weil auch beim Neubau des Schiffes fremdes Holz in einer lösbaren Verbindung verwendet werden kann, vergl. l. 7 § 1, 2 D. ad exhib. [10, 4]: denn dann handelt es sich um eine rückführbare Specification, auf die nach der media sententia die sabinianische Theorie anzuwenden ist. Ueber andere Auslegungen der l. 61 cit. vergl. *Fitting* a. a. O. S. 356 ff.

²¹⁾ Dass diese quidam die *Sabinianer* waren, bedarf keines Beweises, da die hier angeführte Entscheidung eine Consequenz ihrer Theorie ist. Vergl. *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz S. 34 Note 50.

l. 12 § 1 D. de A. R. D. [41,1] Callistr. l. 2 inst.

Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.²²⁾

§ 2.

II. Voraussetzungen.

Beide Schulen waren darüber einverstanden, dass die Umwandlung beweglicher Sachen in eine nova species, wenn sie durch einen Zufall, und wenn sie durch den Eigenthümer oder dessen Stellvertreter herbeigeführt wird, keine Eigenthumsveränderung bewirken dürfe. Auf diese Fälle brachten die Proculianer wie die Sabinianer den Satz zur Anwendung: quod ex re nostra fit nostrum est,¹⁾ und bei Entstehung der nova species aus mehr als Einem Stück die Regeln über den Eigenthumserwerb durch Verbindung.²⁾ Auch über die Neugestaltungen des Grund und Bodens durch inaedificatio, plantatio u. s. w., und über die be-

²²⁾ Siehe oben Einleitung Note 49.

¹⁾ Dieser Satz war der kurze Ausdruck für die sabinianische Theorie: bei der Specification ist die neue Form Accession des Stoffs. Vergl. l. 12 § 3 D. ad exhib. [10,4].

²⁾ Vergl. l. 7 § 8, 9 D. de A. R. D. [41, 1]. § 27 I. de R. D. [2, 1].

sonderen Fälle des *alveus derelictus* und der *insula, quae in mari* oder in *flumine publico nascitur*,³⁾ waren sie, so weit ersichtlich, Einer Meinung. Den Gegenstand ihres Streites bildete nur die Frage: wer ist Eigenthümer, wenn Jemand für sich aus fremdem, oder aus fremdem und eigenem beweglichem Stoff eine neue bewegliche Sache macht?⁴⁾ Nur diesen Fall bezeichnet die römische Jurisprudenz durch *novam speciem facere*. Auf ihn allein beziehen sich die drei Theorien der römischen Specificationslehre; auf ihn beschränkt sich deshalb der juristische Begriff der Specification in dieser Lehre.⁵⁾

Die Voraussetzungen für die Anwendung der sabinianischen *regula iuris: cuius materia sit, illius et res*.

³⁾ I. 7 § 3, I. 29, I. 56 pr. D. de A. R. D. [41, 1]. § 22 I. de R. D. [2, 1].

⁴⁾ § 25 I. de R. D. [2, 1].

⁵⁾ Mit Recht erklärt sich deshalb Fitting a. a. O. S. 6 ff. gegen Bechmann a. a. O. S. 39, 45 ff. 49, der den Begriff der Specification auch auf Grundstücke anwenden will. Die Umwandlung eines Grundstücks in ein anderes mit neuem eigenthümlichem Wesen stellen die römischen Juristen nicht in das Gebiet der controversen Specificationslehre und bezeichnen sie deshalb auch nicht durch *novam speciem facere*. Auch in den Fällen der *insula, quae in mari* oder in *flumine publico nascitur* und des *alveus derelictus* handelt es sich um einen Vorgang, der nicht unter den juristischen Begriff der Specification fällt, obwohl er dieser analog ist und auch von den römischen Juristen so aufgefasst wurde, I. 7 § 3, 5 D. de A. R. D. [41, 1]: „in *formam insulae* redactus est“ und „quia et ille ager qui fuerat desiit esse *amissa propria forma*.“ Es entsteht hier die *nova species* durch Naturereignisse, nicht durch die Arbeit eines Specificanten, und *ex re publica*, nicht aus einer *res privata*, wie es die controverse Specificationslehre voraussetzt.

quae facta sit videatur esse, waren demnach völlig identisch mit den Voraussetzungen für die Anwendung der proculianischen Theorie. Erst die media sententia stellte für jede dieser beiden Theorien noch eine neue Voraussetzung auf und gab ihnen dadurch neben einander Geltung: für die sabinianische die Rückführbarkeit, für die proculianische die Nichtrückführbarkeit der nova species auf den Stoff, aus dem sie gemacht ist.⁶⁾ Es empfiehlt sich, diese Neuerung gleich an dieser Stelle mit zu berücksichtigen, um bei der Erörterung der media sententia nicht mehr auf die Voraussetzungen der sabinianischen und der proculianischen Theorie zurückkommen zu müssen.

Der juristische Begriff der Specification d. i. der Verfertigung einer nova species ex aliena materia suo nomine hat zur Grundlage den Begriff der Production. Die vier Momente, welche er umfasst, sind deshalb wirthschaftlicher Natur: das Moment der Verfertigung, der aliena materia, der nova species und der Verfertigung suo nomine.

I. Die Verfertigung einer Sache setzt Arbeit (opera) voraus. Arbeit in wirthschaftlichem Sinne ist nur die Thätigkeit, welche eine Werthschaffung mit erlaubten Mitteln zum Zweck hat, d. i. die Schaffung von Brauchlichkeiten zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.

⁶⁾ I. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1].

Die bloße Zerstörung oder Verschlechterung einer Sache und die Herstellung einer Sache durch ein Delict oder auch nur *mala fide* ist keine Verfertigung einer Sache, wie sie die römische Specificationslehre voraussetzt, weil sie keine wirthschaftliche Arbeit ist. Wer ein fremdes Thier tödtet, ein Gemälde abkratzt, silberne Gefässe einschmelzt, Wein oder Milch durch Zugießen von Wasser fälscht,⁷⁾ verfertigt keine Sache, sondern vernichtet nur eine Sache durch Vernichtung der ihr bisher eigenthümlichen Brauchlichkeit, welche die Vernichtung ihres bisherigen Werthes⁸⁾ und Wesens⁹⁾ nach sich zieht: *res abest*.¹⁰⁾

Arbeit ist nur eine Thätigkeit, welche auf Werthschaffung mit erlaubten Mitteln gerichtet ist. Eine lediglich auf Werthvernichtung gerichtete Thätigkeit ist ebenso wenig Arbeit als eine Thätigkeit, welche

⁷⁾ l. 27 § 15 D. ad leg. Aquil. [9, 2].

⁸⁾ z. B. bei der Tödtung eines Thieres den Werth des Lebens, das *pretium*, quanti esset si viveret, l. 53 § 5 D. de leg. [30].

⁹⁾ l. 9 § 3 D. ad exhibendum [10, 4]. Sed si quis rem deteriorem exhibuerit, aequè ad exhibendum eum teneri Sabinus ait..... si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam *mutata forma prope interemit substantiam rei*.

¹⁰⁾ l. 14 pr. D. de V. S. [50, 16]. Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem „abesse“, quoniam earum *rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum*. l. 13 § 1 eod. Res „abesse“ videntur [ut Sabinus ait et Pedius probat] etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videre abesse, quoniam plerumque *plus est in manus pretio, quam in re*.

eine Werthschaffung mit unerlaubten Mitteln bezweckt Wer Wolle stiehlt und sich daraus ein Kleid macht, stiehlt auch das Kleid. Deshalb ist die Verfertigung des Kleides keine wirthschaftliche Arbeit: wer stiehlt, arbeitet nicht.

Ueber diesen wirthschaftlichen Begriff der Arbeit, wie ihn unsere heutigen Nationalökonomen definiren,¹¹⁾ bestand schon unter den Sabinianern und Proculianern keine Meinungsverschiedenheit. In Uebereinstimmung mit diesem Begriff nehmen beide Schulen an, dass die unredliche Verfertigung einer Sache wirthschaftlich keine Arbeit und deshalb juristisch keine Specification sei.¹²⁾ Der Satz, dass Niemand *improbitate sua* Vermögensrechte erwerben darf,¹³⁾ wurde auch von den Proculianern nicht in Abrede gestellt.

¹¹⁾ Wirth, Grundzüge der Nationalökonomie I S. 289 (5. Aufl. 1881). Vergl. auch Wagner und Nasse, Lehrbuch der politischen Oekonomie I Seite 10 Note 4 und Kleinwächter in Schönberg's Handbuch der politischen Oekonomie I S. 164.

¹²⁾ Die Ansicht Fitting's a. a. O. S. 148 ff., die römischen Juristen seien in der Specificationslehre überhaupt nicht von volkswirthschaftlichen Grundsätzen geleitet worden, beruht also auf Irrthum. Die weitere Darstellung wird dies noch näher zeigen. Auch Bechmann a. a. O. S. 34 behauptet irriger Weise, der Begriff der Specification sei unabhängig von der Beschaffenheit der Arbeit; er betrachtet demgemäss auch das Zusammengiessen von Wasser und Wein als Specification. Dagegen wird bereits von Puchta, *Cursus der Inst.* II S. 585 a. E. (7. Aufl. 1871) und von Leist, *Natur des Eigenthums* S. 164 der Einfluss wirthschaftlicher Ideen angedeutet; eine speciellere Ausführung desselben versucht Dankwardt, *Nationalökonomie und Jurisprudenz* I S. 30.

¹³⁾ l. 12 § 1 D. de furt. [47, 2]. *nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.*

Demgemäss waren auch sie der Ansicht, dass bei mala fides des Specificanten der von den Sabinianern vertretene Satz: *quod ex re nostra fit nostrum esse verius sit*. Es ergiebt sich dies aus folgenden Stellen:

Gaius II, 79

Quidam putant ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse....., alii vero eius rem esse qui fecerit...: sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit, habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.¹⁴⁾

l. 14 § 2 D. de cond. furt. [13, 1] Iulian. l. 22 Dig.

Bove subrepto et occiso conditio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt: cornua quoque condicentur. Sed si dominus conditione bovis pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omni modo exceptione summovebitur..... § 3. Idem iuris est uvis subreptis: nam et mustum et vinacia iure condici possunt.¹⁵⁾

¹⁴⁾ l. 7 § 2 de cond. furt. [13, 1]. Conditio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem sum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est conditionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus. l. 11 D. eod.

¹⁵⁾ Vergl. l. 7 pr. § 1 D. de exc. rei iud. [44, 2].

l. 46 pr. D. de furt. [47, 2]. Ulpian l. 42 ad Sab.

Inter omnes constat, etiamsi extincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem. Proinde mortuo quoque homine, quem quis furto abstulit, viget furti actio..... Hoc idem in condictione quoque placet: nam condici furi potest, etiamsi res sit aliqua ratione extincta.

Beide Schulen theilten die Ansicht, dass die Identität der Sache (res) durch die Identität der species bedingt sei.¹⁶⁾ Sie waren deshalb auch darüber einig, dass durch eine Specification die bisherige Sache vernichtet werde (ut res extincta sit), also nicht mehr vindicirt werden könne.¹⁷⁾ Und sie gaben endlich übereinstimmend dem bestohlenen Stoffeigenthümer, statt der rei vindicatio, die conditio furtiva auf die res extincta. Diese Uebereinstimmung wird von Gaius l. c. constatirt und von Ulpian in l. 46 pr. cit. bestätigt (inter omnes constat). Aus dieser Uebereinstimmung ergiebt sich mit Nothwendigkeit ihr Einverständniss auch darüber, dass der diebische Specificant nicht Eigenthümer des corpus d. i. des Stoffes wird, aus welchem die res extincta bestand und die nova species von ihm gemacht ist:¹⁸⁾ denn die conditio furtiva steht nur dem Eigenthümer der gestohlenen Sache zu,¹⁹⁾ auf das corpus,

¹⁶⁾ Vergl. § 1 Seite 34.

¹⁷⁾ l. 6 pr. D. de R. V. [6, 1].

¹⁸⁾ Windscheid, Pand. § 187 Note 3: „an Entwendetem kann der Entwender kein Eigenthum erwerben.“ Vergl. oben Note 13.

¹⁹⁾ l. 1 D. de cond. furt. [13, 1].

quamdiu exstet, auf die aestimatio eius, si desierit esse in rebus humanis,²⁰⁾ und zwar tamdiu, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat.²¹⁾ Gehört aber das corpus der furtive²²⁾ verfertigten nova species dem bestohlenen Stoffeigenthümer, so konnten auch die Proculianer nicht der Meinung sein, dass die nova species gleichwohl Eigenthum des diebischen Specificanten sei. Sie mussten vielmehr die von Julian l. c. bezeugte Ansicht der Sabinianer theilen, dass die furtive verfertigte nova species (mustum et vinacia ex uvis subreptis) eine res furtiva sei, und der Bestohlene daher nach seiner Wahl die conditio furtiva auf die res extincta oder auf die nova species anstellen könne.²³⁾ Ihr Streit mit den Sabinianern konnte also nur eine bona fide erfolgte Specification zum Gegentsande haben.

Wenn in den citirten Stellen der rei vindicatio des Stoffeigenthümers auf die nova species keine Erwähnung geschieht, so findet dies seine natürliche Erklärung in den Vortheilen, welche die conditio furtiva vor der rei vindi-

²⁰⁾ l. 8 pr. D. eod.

²¹⁾ l. 10 § 2 D. eod.

²²⁾ Die redliche Specification einer entwendeten Sache ist kein furtum, l. 5 D. de cond. furt. [13, 1]. § ult. I. de obl. quae ex del. [4, 1].

²³⁾ Diese Wahl ist von practischem Interesse, weil die nova species, z. B. der aus den Trauben gekelterte Wein, einen geringeren Werth haben kann als der Stoff, aus welchem sie gemacht ist. Vergl. Fitting a. a. O. S. 173 Note 54.

catio voraus hat.²⁴⁾ Aus diesem Grunde sprechen auch die Vertreter der *media sententia* bei der unredlichen Specification nur von der *condictio furtiva* und von der *actio ad exhibendum*, je nachdem der Specificant ein Dieb oder bloss in *mala fide* war:

l. 12 § 3 D. ad exhib. [10, 4] Paul. l. 26 ad ed.

Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.

l. 4 § 20 D. de usurp. [41, 3] Paul. l. 54 ad ed.

Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.

l. 52 § 14 D. de furt. [47, 2] Ulp. l. 37 ad ed.

Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel conditione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condici.

Es machte also jede der drei Specificationstheorien ihre Anwendung von der *bona fides* des Specificanten abhängig:²⁵⁾

²⁴⁾ So namentlich hinsichtlich der *aestimatio rei* nach *l. 8 § 1 D. de cond. furt. [13, 1]*, hinsichtlich der *impensae* nach *l. 13 D. eod.* und wegen des Satzes: *semper enim moram fur facere videtur. l. 8 § 1, l. 20 D. eod. Gaius IV, 4.*

²⁵⁾ Zur *bona fides* gehört ihrem Wesen nach die auf redlicher Ueberlegung beruhende Ueberzeugung, dass man kein Unrecht thue; vergl. Bruns, Wesen der b. f. bei der Ersitzung S. 82 ff.

von dem redlichen Erwerb des Stoffes und von der redlichen Verfertigung der neuen Sache. Seine mala fides und mala fides superveniens schliessen den wirthschaftlichen Begriff der Arbeit und folgeweise den juristischen Begriff der Specification aus.²⁶⁾ Demgemäss setzte denn auch nach dem ausdrücklichen Zeugniß von Gaius die Anwendung der Regel: *tabulam picturae cedere* ebenfalls bona fides des Malers voraus.²⁷⁾

²⁶⁾ Für die Ansicht, dass eine Specification ohne bona fides des Specificanten nach der proculianischen Theorie und folgeweise auch nach der media sententia keinen Eigenthumserwerb für denselben bewirke, erklären sich heute namentlich Fitting a. a. O. S. 335 ff., Windscheid, Pand. § 187 Note 3 und die von ihnen citirten Juristen, auch das Urtheil bei Seuffert, Arch. Bd. 15 No. 99, aber ohne nähere Begründung, nur in Gemässheit der Quellen. Geleugnet wird dieses Erforderniss von Puchta, Pand. § 154 Note h., Vangerow, Pand. § 310 Anm. 2, Böcking, Pand. II S. 166, Brinz, Pand. S. 576 ff., Pernice, Labeo II S. 149 ff. u. A. aus dem Gesichtspunkt der Herrenlosigkeit der nova species und der Occupation durch den Specificanten, den sie der proculianischen Theorie zu Grunde legen. Unter diesen Juristen finden einige in den oben citirten Stellen, die von der Specification gestohlener Stoffe handeln, bloss eine Modification der Consequenzen dieses Gesichtspunktes (Puchta), andere nur den Satz, dass bona oder mala fides des Specificanten für seine obligatorischen Verhältnisse zu dem Stoffeigenthümer von Belang sei, aber nicht für den Eigenthumserwerb (Böcking). Die früheren Juristen lehrten fast einstimmig, dass die unredliche Specification dem Specificanten kein Eigenthum gebe, wie dies klar und unzweideutig in den Quellen ausgesprochen ist. Die ältere und neuere Literatur über diese bestrittene Frage findet sich zusammengestellt bei Fitting a. a. O. S. 336 Note 113 ff.

²⁷⁾ *Gaius* II, 78.....utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subripuisti tabulam sive alius, competit mihi furti actio.

Nach dem wirthschaftlichen Begriff der Arbeit ist der juristische Begriff der Specification noch durch ein zweites Erforderniss bedingt. Die Verfertigung der neuen Sache muss nicht bloss eine redliche, sie muss auch eine rechtmässige sein. Die unrechtmässige Verfertigung ist als eine Production mit unerlaubten Mitteln ebenfalls keine Specification, wie sie die drei Theorien der römischen Specificationslehre voraussetzen, weil sie wirthschaftlich keine Arbeit ist. Im Sinne dieser Theorien existirt der Fall: *cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit* nur, wenn der Specificant den Eigenthumsbesitz des Stoffes aus einem erlaubten und aus einem *verus titulus* erworben hat.²⁸⁾ Dagegen setzt dieser Fall nicht voraus, dass der Eigenthumsbesitz die Eigenschaften des Usucapionsbesitzes hat, weil dies kein Erforderniss der Rechtmässigkeit des Besitzes ist. Nach Labeos Entscheidung in l. 29 § 1 D. de don. i. v. e. u. [24, 1]²⁹⁾ erwirbt die Ehefrau das Eigenthum an dem Kleide, welches sie aus der ihr vom Manne geschenkten Wolle für

²⁸⁾ Die Frage, ob Rechtmässigkeit der Specification eine Voraussetzung für den Eigenthumserwerb des Specificanten sei, wird in der heutigen Doctrin überhaupt nicht aufgeworfen, also, wie es scheint, auch von den Juristen stillschweigend verneint, welche die *bona fides* des Specificanten zu diesen Voraussetzungen zählen. Nur Dankwardt a. a. O. S. 41 Note 66 fordert, wenigstens für das heutige Recht, den Erwerb des Stoffes *ex iusto titulo*.

²⁹⁾ *Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait.*

sich gemacht hat, weil sie aus der Schenkung, obwohl keinen Usucapionsbesitz,³⁰⁾ doch licite Eigenthumsbesitz erwirbt,³¹⁾ und bei der Verfertigung des Kleides in bona fide ist, quia quasi volente et concedente domino id facit.³²⁾ Das römische Recht verbietet nicht den Schenkungsvertrag unter Ehegatten,³³⁾ sondern nur seine vermögensrechtliche Wirkung während der Ehe,³⁴⁾ also bei einer donatio rerum nur den Erwerb des Eigenthums und des Usucapionsbesitzes,³⁵⁾ aber nicht auch den Erwerb des Interdictenbesitzes mit dem Titel pro posses-

³⁰⁾ l. 1 § 2 D. pro donato [41, 6]. Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.

³¹⁾ l. 1 § 2 i. f. D. eod. *possidere* autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat. l. 1 § 10 D. de vi [43, 16] si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit *interdicto* uti.

³²⁾ l. 5 pr. D. pro derelicto [41, 7].

³³⁾ Gegen die herrschende Ansicht, welche hier den Vertrag für nichtig hält und im Widerspruch mit dem Begriff der Nichtigkeit eine Convalescenz annimmt, wenn der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, vergl. Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 18 ff. S. 125 ff., Keysser, Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten (Erlanger Inaugural-Dissertation 1878) S. 57 ff.

³⁴⁾ l. 25 D. de don. i. v. e. u. [24, 1] nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit. l. 3 § 10 D. h. t. nec *traditio* quidquam valet. § 11 eod. Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est. l. 48 D. eod. Quae iam nuptae maritus donavit, viri manent et potest ea vindicare. l. 1 § 2 D. pro donato [41, 6] cessat *usucapio*. l. 3 § 10 D. h. t. ... et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet.

³⁵⁾ l. 49 D. de V. S. [50, 16] In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur.

sore.³⁶⁾ Der Erwerb dieses Besitzes bewirkt, weil er nicht zu den bona gehört,³⁷⁾ keine Vermögensverminderung für den Schenker und keine Vermögensvermehrung für den Beschenkten,³⁸⁾ die allein durch das Verbot der *donatio inter virum et uxorem* ausgeschlossen werden sollen. Demgemäss ist der Besitz des beschenkten Ehegatten nicht bloss ein redlicher, sondern auch ein rechtmässiger.³⁹⁾

Durch einen unmittelbaren Beleg aus den Quellen lässt sich das Erforderniss der Rechtmässigkeit für den Begriff der Specification nicht beweisen, aber indirect ergibt es sich aus den Vorschriften über den Fruchterwerb des *bonae fidei possessor pro cura et cultura*.⁴⁰⁾ Diese Vorschriften haben gleichfalls den wirthschaftlichen Begriff der Arbeit zur Grundlage⁴¹⁾ und machen im Einklang mit ihm

³⁶⁾ l. 16 D. de A. v. A. P. [41, 2]. *Quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.*

³⁷⁾ l. 1 § 4 D. de A. v. A. P. [41, 2]. *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest.*

³⁸⁾ l. 119 D. de R. I. [50, 17]. *Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem.* — l. 4 § 1 D. de alien. iud. mut. c. f. [4, 7].

³⁹⁾ Die l. 29 § 1 cit. D. de don. i. v. e. u. lässt sich also weder gegen das Erforderniss der Redlichkeit der Specification in's Feld führen, wie dies von den Gegnern geschehen ist (vergl. Fitting a. a. O. S. 341), noch gegen das Erforderniss der Rechtmässigkeit.

⁴⁰⁾ Vergl. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Heft 2 No. XI S. 280 ff., der auf den engen Zusammenhang hinweist, in welchem die Specification und der Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* stehen.

⁴¹⁾ Vergl. Koepfen, Der Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* S. 15 ff.

ihre Anwendung von der Redlichkeit und von der Rechtmässigkeit des Besitzes abhängig, ohne dass dabei einer Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen gedacht wird.⁴²⁾ Es lässt sich um so weniger bezweifeln, dass sie auch in der Specificationslehre diese beiden Erfordernisse der wirtschaftlichen Arbeit zu juristischen Erfordernissen für den Begriff der Specification machten, da sie sich bei den übrigen Momenten dieses Begriffs, wie jetzt zu zeigen ist, gleichfalls von volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten liessen.

II. Das zweite Moment des Specificationsbegriffs, die Verfertigung *ex aliena materia*, begreift nach allen Beispielen, die in den Quellen als Specificationsfälle angeführt sind, nicht jede Verfertigung aus fremdem Stoff, sondern nur die Verfertigung aus beweglichem fremdem oder fremdem und eigenem Stoff, und nur die Verfertigung beweglicher Sachen. Beide Schulen gingen von der auch in der modernen Nationalökonomie vertretenen Ansicht aus, dass bei der Benutzung des Grund und Bodens

⁴²⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1]. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere. Vergl. Koeppen a. a. O. S. 47 ff. S. 85 ff. S. 99 ff. S. 106 ff.

die Kräfte der Natur einen grössern Antheil an der Production haben als die menschliche Arbeit.⁴³⁾ Deshalb nehmen sie übereinstimmend an, dass bei allen Neugestaltungen des Grund und Bodens die *area* die *maior pars* sei, *cui superficies cedit*. In das Gebiet der controversen Specificationslehre fällt demgemäss nur die Verarbeitung beweglicher fremder Stoffe zu beweglichen Sachen. Die Sabinianer waren der Meinung, dass auch bei ihr der Stoff für die Production mehr leiste als die Arbeit, *quia nulla species sine materia effici potest*, die Proculianer nahmen hier das Gegentheil an. Daher wollten jene dem Stoffeigenthümer, diese dem Specificanten das Eigenthum an der *nova species* geben.

Die Fabrication aus eigenem beweglichem Stoff war unter den Schulen nicht bestritten. Dass auf sie der Satz: *quod ex re nostra fit nostrum est* Anwendung finden müsse, und dass bei ihr nicht von einem Eigenthumserwerb durch Specification die Rede sein könne, wurde von allen römischen Juristen anerkannt, weil sie den Erwerb des Eigenthums an einer eigenen Sache als einen unmöglichen Erwerb betrachteten: *nec res quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest*.⁴⁴⁾ Deshalb stellten sie die Specification einer eigenen Sache nicht in die Lehre vom Erwerb

⁴³⁾ Vergl. J. Stuart Mill, Grundsätze der politischen Oekonomie, übersetzt von Soetbeer, I. Bd. S. 28 § 3 (4. Aufl. 1881).

⁴⁴⁾ *Gaius* IV, 4; vergl. § 10 I. de legat. [2, 20].

des Eigenthums, sondern in die Lehre von der Interpretation der Rechtsgeschäfte. Hier hat sie juristisches Interesse, z. B. bei der Frage, ob eine Verpfändung, oder die Bestellung eines *ususfructus*, oder ein Vermächtniss u. s. w. ungültig wird, wenn der Eigenthümer die Sache, welche den Gegenstand dieser seiner Dispositionen bildet, in eine andere Sache umformt und dadurch zu einer *res extincta* macht.⁴⁵⁾ Eine Veränderung des Eigenthums bewirkt aber die Specification eigener Sachen niemals.⁴⁶⁾ Wenn z. B. der Eigenthümer aus seinen Trauben Wein keltert, so setzt sich an dem Wein sein bisheriges Eigenthum an den Trauben fort,⁴⁷⁾ obwohl das Keltern nicht bloss eine *mutatio rei*, sondern auch eine *mutatio corporis* bewirkt:⁴⁸⁾ er hat das Eigenthum am Wein durch sein Eigenthum an den Trauben. Im Vindicationsprocess kann er aber sein Eigenthum am Wein auf einen doppelten Erwerbsgrund stützen. Er kann sich berufen auf den Erwerbsgrund für das Eigenthum an den Trauben durch die Behauptung, er

⁴⁵⁾ Vergl. l. 18 § 3 D. de pign. act. [13, 7], l. 44 § 2, 3 D. de leg. I, l. 88 D. de leg. III, l. 6 § 1 D. de auro arg. [34, 2].

⁴⁶⁾ Vergl. § 1 Note 14, 15. Nur der bisherige Besitz an der Sache geht durch die Specification, welche sie zu einer *res extincta* macht, unter, l. 30 § 4 D. de A. v. A. P. [41, 2]. *Item quod mobile est, multis modis desinimus possidere: si quod possidebam in aliam speciem translatum sit, veluti vestimentum ex lana factum.* Vergl. auch l. 9 § 3, l. 12 § 3 D. ad exhib. [10, 4], Fitting a. a. O. S. 329 Note 97.

⁴⁷⁾ Vergl. Leist, Natur des Eigenthums S. 173 ff.

⁴⁸⁾ Vergl. unten Seite 69 ff. die Ausführung über die mit der Specification verbundene Consumption.

habe den Wein aus eigenen Trauben fabricirt, also seine eigene Sache specificirt, weil sich dann am Wein das Eigenthum an den Trauben fortsetzt nach dem für diesen Fall unbestrittenen Satz: *quod ex re nostra fit nostrum est*; oder er kann sich nach der proculianischen Theorie und nach der media sententia auch berufen auf Specification ex aliena materia durch die Behauptung, er habe den Wein aus fremden Trauben suo nomine fabricirt. Im ersten Falle muss er das Eigenthum an den Trauben beweisen, welches er zur Begründung seiner Klage behauptet; im zweiten Fall hat er nur den redlichen und rechtmässigen Besitz der Trauben und die redliche Fabrication des Weins zu beweisen. Der Vindicant hat also keinen leichtern Beweis, wenn er sein Eigenthum an der vindicirten Sache darauf stützt, dass er sie aus seiner eigenen Sache fabricirt habe, weil die Specification einer eigenen Sache keine Erwerbsart des Eigenthums ist; sie bewirkt nur, dass das Eigenthum an der alten Sache an der neuen fortdauert.⁴⁹⁾ Da nach der sabinianischen Theorie auch die Specification eines fremden Stoffes keine Erwerbsart des Eigenthums war, so musste nach ihr der Vindicant, welcher eine von ihm fabricirte Sache einklagte, bis zur Ersitzung stets sein Eigenthum am Stoff beweisen.

Aus diesen Gründen setzt die römische Specifications-

⁴⁹⁾ Es ist also ein Irrthum, wenn Fitting a. a. O. S. 150, 328, 332 ff., dem Windscheid, Pand. § 187 Note 3 zustimmt, unter Berufung auf die in Note 45 citirten Stellen, die Behauptung auf-

lehre eine Verfertigung beweglicher Sachen aus beweglichem und aus fremdem Stoff voraus. Die weitere Frage, welche beweglichen Sachen zu den Stoffen zählen, muss jetzt bei dem schwierigsten Moment des Specificationsbegriffes, bei dem Moment der *nova species*, ihre Beantwortung finden.

III. Die Verfertigung einer *nova species* besteht in der Umbildung eines beweglichen Stoffes zu einer beweglichen Sache mit einer neuen eigenthümlichen Brauchlichkeit für die Befriedigung menschlicher Natur-, Anstands-

stellt, auch bei der Specification aus eigenem Stoff habe der Untergang der alten Sache den Untergang sämtlicher an ihr bestehenden Rechtsverhältnisse zur Folge. An der *nova species* entstünden ganz neue rechtliche Verhältnisse, die nach völlig selbständigen Gesichtspunkten zu beurtheilen seien, insbesondere auch neues Eigenthum. Deshalb müsse der Eigenthümer sich jetzt zum Beweise seines Eigenthums auf die Specification berufen und habe daher niemals etwas Weiteres zu beweisen, als Derjenige, der bei der Specification aus fremdem Stoff Eigenthümer der *nova species* werde, zum Beweise seines Eigenthums darzuthun habe. Wer aus eigenem Stoff eine neue auf ihre frühere Gestalt nicht rückführbare Sache verfertige, habe also den Vortheil des bessern Beweises und der Freiheit von allen Beschränkungen des frühern Eigenthums. Aus den Note 45 citirten Stellen ergibt sich in der That nur, dass die Specification durch den Eigenthümer von practischem Belange sein kann, insofern durch sie nach dem Willen des Disponenten *iura in re* erlöschen können. „Dass aber alle die Entscheidungen, welche nach diesen Stellen für den Fall verpfändeter, vermachter und nachher specificirter Sachen platzgreifen, ohne Rücksicht auf den in Verpfändungen und Vermächtnissen doch weithin massgebenden Willen des Disponenten einzig und allein aus der Veränderung oder Nichtveränderung des Eigenthums begriffen werden wollen, ist nicht zu billigen,“ wie Brinz, Pand. § 149 a. E. mit Recht bemerkt.

oder Luxusbedürfnisse.⁵⁰⁾ Es gehören daher zu dieser Production drei Requisite: ein Stoff, eine Consumption d. i. die Aufhebung der dem Stoffe eigenthümlichen Brauchlichkeit, durch welche er die bisherige species bildete, und eine Incorporation d. i. die Einverleibung einer neuen eigenthümlichen Brauchlichkeit, die ihn zu einer nova species macht.⁵¹⁾

1. Einen Stoff (*materia, substantia*) bilden nach der Auffassung der römischen Juristen, wie nach der Begriffsbestimmung der heutigen Nationalökonomie, alle beweglichen Sachen, die als unmittelbare Mittel der Production benutzt werden können, gleichviel ob sie Urstoffe oder bereits Fabricate sind.⁵²⁾ Dies bestätigen die Beispiele der Specification, die in den Quellen vorkommen. Aus diesen Beispielen ergibt sich aber zugleich, dass ursprünglich die römischen Juristen bei ihrer Auffassung von dem Begriff des Stoffs und seiner Umbildung zu einer nova species nur durch die vulgäre Anschauung geleitet wurden, und dass sie deshalb auch bisweilen irrten, wie in dem Fall des Dreschens und des Färbens. Im Allgemeinen aber hatten sie bereits über die Bedingungen der s. g. materiellen Production d. i. der Erzeugung von Sachgütern⁵³⁾ dieselben Ansichten wie unsere mo-

⁵⁰⁾ Vergl. Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie § 1.

⁵¹⁾ Roscher a. a. O. § 211.

⁵²⁾ J. Stuart Mill a. a. O. S. 37 § 4.

⁵³⁾ Vergl. Kleinwächter a. a. O. S. 163, 164.

dernen Nationalökonomien. Auch nach ihrer Vorstellung besteht diese Production in der Schaffung von Brauchlichkeiten zur unmittelbaren oder mittelbaren Befriedigung wahrer menschlicher Bedürfnisse.⁵⁴⁾ Deshalb betrachten auch sie als die Grundbedingungen der Production: Naturgegenstände und Arbeit, durch welche diese Gegenstände dem Menschen dienstbar gemacht werden.⁵⁵⁾

Es giebt Naturgegenstände, die sofort in solcher Beschaffenheit vorhanden sind, dass sie durch bloße Aneignung zur unmittelbaren Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses dienen können, wie z. B. Trauben, wilder Honig, Kohlen und andere Naturerzeugnisse, die für den unmittelbaren Gebrauch der Menschen geeignet sind. Diese Naturgegenstände werden daher durch ihre bloße Aneignung einerseits als Sachen, die unmittelbar genossen werden können, s. g. natürliche Genussmittel,⁵⁶⁾ andererseits, soweit sie eine Umformung zu

⁵⁴⁾ Diese Brauchlichkeiten fallen unter den wirtschaftlichen Begriff der Güter, den die römischen Juristen so definiren: naturaliter *bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse*, l. 49 D. de V. S. [50, 16]. In das Reich der Güter gehört aber nur, was zur Befriedigung wahrer menschlicher Bedürfnisse anerkannt brauchbar ist, nicht was nur unvernünftige und unsittliche Bedürfnisse befriedigen könnte; vergl. Roscher a. a. O. § 1 Note 9, § 30. Nur Werthschaffung ist Gütererzeugung oder Production, wer unnützes Zeug treibt, producirt nicht; vergl. Wirth a. a. O. I S. 311.

⁵⁵⁾ J. Stuart Mill a. a. O. I S. 24. Kleinwächter a. a. O. S. 164.

⁵⁶⁾ Roscher a. a. O. § 36 S. 70.

neuer Brauchlichkeit durch Einverleibung neuer Eigenschaften zulassen, unmittelbare Produktionsmittel und als solche natürliche Stoffe zur unmittelbaren Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.⁵⁷⁾ In beiden Eigenschaften bilden sie eine species als Sachen, die sowohl durch die ihnen eigenthümliche unmittelbare Brauchlichkeit, als durch die ihnen eigenthümliche Verwendbarkeit für die Production neuer Brauchlichkeiten ihr eigenes Wesen haben. So sind z. B. Trauben Sachen von eigenthümlichem Wesen, einmal als natürliches Genussmittel durch die ihnen eigenthümliche unmittelbare Brauchlichkeit, und zweitens als natürliche Stoffe durch die ihnen eigenthümliche Verwendbarkeit für die Production von Wein, Rosinen, Corinthen u. s. w. Bei solchen natürlichen Stoffen und Genussmitteln fällt die bloße Aneignung derselben noch nicht unter den Begriff der Production, weil sie keine durch Arbeit geschaffene Producte sind, sondern von der Natur dargeboten werden.⁵⁸⁾ Erst ihre Umformung zu einem neuen Genussmittel oder zu einem neuen Produktionsmittel ist eine Production, und diese Production ist eine Specification: Umwandlung einer species in eine nova species.

Neben den Naturgegenständen, welche natürliche Genussmittel und zugleich als unmittelbare Produktionsmittel natür-

⁵⁷⁾ J. Stuart Mill a. a. O. I S. 24. S. 36 ff.

⁵⁸⁾ Die modernen Nationalökonomien haben diese auf bloße Aneignung von Stoffen gerichtete Arbeit „extractive Industrie“ genannt, vergl. J. Stuart Mill a. a. O. S. 36.

liche Stoffe sind, giebt es auch solche, die bei ihrer Entstehung weder das eine noch das andere, oder die bloss Stoffe sind. Beide nennt die heutige Nationalökonomie natürliche Erwerbsmittel im Gegensatz zu den natürlichen Genussmitteln, weil sie nicht unmittelbar genossen werden können, sondern nur mittelbar durch Erleichterung der Production Nutzen bringen.⁵⁹⁾

Die natürlichen Erwerbsmittel, welche in der Gestalt, in der sie entstehen, auch zur Production nicht unmittelbar verwendbar sind, müssen, um Genussmittel zu werden, zunächst durch Arbeit in Stoffe im wirtschaftlichen Sinne d. i. in unmittelbare Produktionsmittel umgebildet werden. Die so hergestellten unmittelbaren Produktionsmittel kann man im Gegensatz zu den natürlichen Stoffen als künstliche Stoffe bezeichnen, und ebenso den natürlichen Genussmitteln diejenigen, welche durch Umbildung ihres Stoffes producirt sind, als künstliche Genussmittel gegenüber stellen. Die Arbeit, durch welche ein solcher künstlicher Stoff gebildet wird, ist auch noch keine Production, weil sie nur den Stoff hervorbringt, den diese voraussetzt. Indem sie diesen liefert, wirkt sie nur indirect zur Production mit.⁶⁰⁾ Deshalb sind auch die Veränderungen, welche die Form des Naturgegenstandes bis zu dem Moment, wo er ein Stoff

⁵⁹⁾ Roscher a. a. O. § 36.

⁶⁰⁾ J. Stuart Mill a. a. O. I S. 36.

wird, durch diese Arbeit erfährt, keine Specificationen. Specificationen sind nur Productionen *ex aliena materia*. Sie fordern einerseits einen Stoff, der durch seine Eigenschaften eine ihm eigenthümliche unmittelbare Verwendbarkeit zur Production hat, und andererseits eine Umbildung dieser *species* zu einer *nova species*, sei es zu einer Sache, die bloss ein neuer künstlicher Stoff, oder die zugleich ein neues künstliches Genussmittel ist. Ohne einen solchen Stoff im wirtschaftlichen Sinne, und ohne eine solche Umbildung desselben giebt es keine Specification. Wer z. B. ein jagdbares Thier tödtet, vernichtet damit die etwa durch sein Leben bedingte Brauchlichkeit oder Verwendbarkeit und hat in dem todtten Thier nur ein natürliches Erwerbsmittel, dem die Eigenschaften des Stoffs fehlen: es ist kein natürliches Genussmittel, weil es nicht unmittelbar genossen werden kann, und es ist kein Stoff, weil es nicht unmittelbar zur Production benutzt werden kann. Sollen Stoffe aus dem Thier entstehen, so muss es abgehäutet, ausgeweidet, zerlegt oder sonst wie zugerichtet werden. Erst durch diese Verrichtungen nimmt es Formen an, in welchen es ein unmittelbares Produktionsmittel wird: so die Haut als Stoff für den Gerber, Ausstopfer u. s. w., so das Geweih eines Hirsches oder die Hörner einer Gemse als Stoff für den Dreher, so das Fleisch als Stoff für die Zubereitung zur Nahrung. Alle jene Verrichtungen vom Tödtten bis zum Zerlegen u. s. w. fordern ein gewisses

Mass von Arbeit, aber diese Arbeit ist keine Production, weil sie nicht aus einem schon vorhandenen unmittelbaren Productionsmittel ein neues Genussmittel oder einen neuen künstlichen Stoff schafft, sondern nur die Hervorbringung von Productionsmitteln vorbereitet bzw. bewirkt. Deshalb sind auch alle Formveränderungen des Thieres, welche diese Arbeit herbeiführt, weil sie keine Productionen sind, keine Specificationen, sie bewirken nur eine *mutatio formae*, welche die Production erleichtert. Erst die Arbeit, welche aus dem künstlich hergestellten Stoff ein neues Genussmittel oder einen neuen künstlichen Stoff macht, wie die Arbeit des Gerbers, der aus der Haut Leder fabricirt, ist als eine Production eine Specification.

Hiernach muss die bekannte Frage, ob das Schlachten eines Thiers eine Specification sei, verneint werden. Aus der oben⁶¹⁾ citirten l. 14 § 2, 3 D. de cond. furt. [13, 1] von dem Sabinianer Julianus lässt sich nicht entnehmen, dass die beiden Schulen sie bejahten. Es wird zwar hier das Schlachten eines gestohlenen Ochsen durch den Dieb zusammengestellt mit der Kelterung gestohlener Trauben durch den Dieb, aber es geschieht das nicht, um darzulegen, dass das Schlachten wie das Keltern eine Specification sei, sondern nur um auszuführen, dass der bestohlene Dominus die *condictio furtiva* nach seiner Wahl

⁶¹⁾ Seite 46.

auf die gestohlene Sache, *etiamsi extincta sit*, oder auf die durch das Schlachten entstandenen Theile anstellen könne. Die Frage, ob das Schlachten eine Specification sei, wird in der Stelle überhaupt nicht in Betracht gezogen, weil, selbst wenn man dies annahm, doch der Diebstahl auch nach der Ansicht der Proculianer den Eigenthumserwerb durch Specification ausschloss. Auch aus l. 53 § 5 D. de leg. I⁶²⁾ und l. 49 pr. D. de leg. II⁶³⁾ ergibt sich nur, dass die römischen Juristen die Identität der Sache (*res*) von der Identität der *species* abhängig machten,⁶⁴⁾ und dass sie demgemäss das Vermächtniss eines Ochsen nach dessen Tode, dem muthmasslichen Willen des Erblassers gemäss, nicht auf das Fleisch und die andern Ueberreste erstreckten. Welche Natur den Theilen des Thieres, in welche es durch das Schlachten zerlegt wird, beigelegt wurde, ob man sie als Stoffe betrachtete oder als Sachen, die nur mittelbar durch Erleichterung der Production Nutzen bringen u. s. w., darüber lässt sich aus jenen beiden Stellen nichts erschliessen.⁶⁵⁾

⁶²⁾ Sed si animal legatum occiderit, puto teneri, non ut carnem praestet vel cetera *λείψανα*, sed ut praestet pretium, quanti esset, si viveret.

⁶³⁾ Mortuo bove qui legatus est neque corium neque caro debetur.

⁶⁴⁾ Vergl. Seite 47.

⁶⁵⁾ Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, wenn Fitting a. a. O. S. 15 auf Grund dieser beiden Stellen das Schlachten zu den Specificationsfällen zählt, weil die Entscheidungen, die sie geben, nur auf der Ansicht beruhen könnten, die Theile des Thieres, Fleisch, Haut u. s. w. seien als *novae species* zu betrachten.

Es giebt aber einen dem Schlachten gleichartigen Fall, der von beiden Schulen irrthümlich als Specification aufgefasst wurde; deshalb wäre es wohl möglich, dass sie fälschlich auch das Schlachten als Specification betrachteten. Dieser Fall ist das Ausdreschen fremder Aehren. Wer Aehren schneidet, erhält dadurch weder ein natürliches Genussmittel, weil sie nicht unmittelbar genossen werden können, noch einen natürlichen Stoff, weil sie nicht unmittelbar zur Production verwandt werden können; sie gewähren nur ein natürliches Erwerbsmittel, welches durch Erleichterung der Production Nutzen bringt. Erst durch das Dreschen wird aus den Aehren ein Stoff hervorgeholt in Gestalt der in ihnen schon vollkommen vorhandenen species der Getreidekörner. Deshalb ist die Arbeit des Schneidens und Dreschens der Aehren keine Production, weil sie nur den für diese nothwendigen Stoff vorbereitet bzw. schafft; und die durch diese Arbeiten bewirkten Formveränderungen der Aehren sind demgemäss Separationen, die keine Specifications bewirken, weil hier selbst die zweite Trennung durch das Dreschen nur die Hervorbringung eines Stoffes, nicht seine Umwandlung in einen neuen Stoff zur Folge hat; sie steht daher der Trennung gleich, durch welche der Bergmann die Kohlen aus dem Schacht hervorholt. Die späteren römischen Juristen, wahrscheinlich die Vertreter der *media sententia*, die, wie unten näher zur Sprache kommen wird, Studien

über das Wesen der *materia* zur Grundlage hatte, erkannten den Irrthum der beiden Schulen und berichtigten ihn nach dem wirthschaftlichen Begriff der Production: *cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.*⁶⁶⁾

Die Naturgegenstände, welche in der Gestalt, in der sie entstehen, keine Genussmittel, aber sofort Stoffe sind, bilden aus diesem Grunde einen unmittelbaren Gegenstand für die Specification. Zu ihnen zählen namentlich die Metalle, Edelsteine, Marmor, andere Bruchsteine, Bäume, Wolle u. s. w. Die Arbeit, welche auf die blosse Hervorbringung d. i. auf die Aneignung dieser Stoffe verwandt wird, die Arbeit des Bergmanns, der das Metall oder Gestein aus der Erde befördert, des Holzhauers, der die Bäume fällt, des Hirten, der die Wolle scheert, ist natürlich auch hier keine Production; und folgeweise sind auch die Formveränderungen, welche durch diese Arbeiten entstehen, keine Specificationen. Es handelt sich hier nur um Separationen, durch die überhaupt erst ein Stoff geschaffen wird. Sie bilden nicht einen schon vorhandenen Stoff in einen neuen um, wie es geschieht, wenn Jemand

⁶⁶⁾ l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1]. Der § 25 I. de R. D. [2, 1], in welchem das Dreschen noch als Specificationsfall angeführt ist, bringt keinen Widerspruch in das *Corpus iuris*, weil er nur einen Bericht über die Controverse der Schulen nach Gaius Institutionen und *res cottidianae* enthält.

einen Baum in Bretter sägt. Hier bewirkt die Separation eine Specification, wie bei der Herstellung des Electrum aus Gold und Silber die Conjunction.⁶⁷⁾ Denn im ersten Fall entzieht die Separation dem Baum die allgemeine Verwendbarkeit, die er als solcher für die Production hat, und giebt ihm statt derselben die neue besondere Verwendbarkeit der Bretter für die Production; damit bildet sie den natürlichen Stoff in einen neuen künstlichen Stoff um. Im zweiten Fall entzieht die Conjunction dem Gold und Silber die allgemeine Verwendbarkeit, welche diese Metalle getrennt von einander für die Production haben, und giebt ihnen statt derselben die neue besondere Verwendbarkeit, welche durch seine grössere Härte das Electrum für die Production hat; damit bildet auch sie zwei natürliche Stoffe in einen neuen künstlichen Stoff um. In diesen Beispielen zeigen sich zugleich die beiden andern Requisite, durch welche eine Specification als eine s. g. materielle Production oder Erzeugung von Sachgütern neben dem Erforderniss des Stoffes bedingt ist: die Consumption und die Incorporation.

2. Keine Production ist möglich ohne Consumption. Jede besondere Brauchlichkeit ist eine Beschränkung der allgemeinen.⁶⁸⁾ Wie z. B. in dem Korn, welches zu Brot verbacken ist, seine Brauchlichkeit zur Fabrication von

⁶⁷⁾ L. 7 § 8 D. de A. R. D. [41, 1].

⁶⁸⁾ Roscher a. a. O. § 211 S. 520.

Branntwein, Stärke u. s. w. vernichtet wird, so verbindet sich mit jeder Specification stets die Consumption von Eigenschaften, durch welche die bisherige Verwendbarkeit der Sache als Stoff, oder ihre bisherige unmittelbare Brauchlichkeit als Genussmittel, oder beide bedingt sind. Wer aus Brettern Tische oder Stühle macht, consumirt ihre bisherige Verwendbarkeit als Stoff; wer dagegen aus Trauben Wein fabricirt, consumirt zugleich ihre bisherige Brauchlichkeit als Genussmittel und ihre bisherige Verwendbarkeit als Stoff für die Production von Rosinen u. s. w. Es ist deshalb für die menschliche Production charakteristisch, dass sie stets mit einer Zerstörung von Werthen verbunden ist: die Sachen haben ihren Werth durch die ihnen eigenthümliche Brauchlichkeit und Verwendbarkeit.⁶⁹⁾

Diese mit jeder Production, also auch mit jeder Specification verbundene Consumption kann nun aber nach der verschiedenen Beschaffenheit des Stoffes selbst von wesentlich verschiedener Beschaffenheit sein. Sie kann eine bloss temporäre Consumption sein, die sich wieder rückgängig machen lässt, oder sie kann auch eine definitive Consumption sein, die nicht wieder aufgehoben werden kann.

Die beiden Schulen legten dieser verschiedenen Beschaffenheit der Consumption kein Gewicht bei. Sie wollten ihre Specificationstheorien zur Anwendung gebracht wissen,

⁶⁹⁾ Kleinwächter a. a. O. § 1 S. 161.

gleichviel ob sich mit der Herstellung der *nova species* eine bloss temporäre oder eine definitive Consumption verknüpft.

Erst die Vertreter der *media sententia* lehrten, dass diese beiden Arten der Consumption zu unterscheiden seien, und dass auf Specificationen mit bloss temporärer Consumption die sabinianische, dagegen auf Specificationen mit definitiver Consumption die proculianische Theorie zur Anwendung kommen müsse. Indem sie auf diese Weise für jede der beiden Theorien eine neue Voraussetzung aufstellten, um dadurch beide nebeneinander zur Geltung zu bringen, liessen sie sich durch folgende Betrachtung über die verschiedene Natur der Stoffe bestimmen.

Es giebt natürliche und künstliche Stoffe, bei welchen sich, wenn sie zur Production benutzt sind, das Product so entfernen lässt, dass sie ihre ursprüngliche Verwendbarkeit wieder erhalten, oder wie die Quellen sagen, bei welchen die aus ihnen producirt *species ad materiam reverti potest*.⁷⁰⁾ Stoffen von solcher Natur wird ihre ursprüngliche Verwendbarkeit nur so lange entzogen, als das Product, zu welchem sie gebraucht wurden, existirt. Sie können deshalb öfter in ihrer ursprünglichen Verwendbarkeit zur Production benutzt werden. Die Eigenschaften, von welchen diese abhängt, lassen sich ihrer Natur nach durch

⁷⁰⁾ 1. 7 § 7. D. de A. R. D. [41, 1].

keine Production für immer vernichten; die Production bewirkt nur ihre temporäre Consumption. Von diesen Stoffen heisst es, demgemäss in den Quellen: quippe ea, quae talis naturae sint, ut *saepius* in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.⁷¹⁾ Natürliche und künstliche Stoffe dieser Art sind vor Allem die Metalle: Eisen, Silber, Gold, electrum⁷²⁾ u. s. w. Wenn aus Eisen Wasserröhren oder Wasserbehälter fabricirt sind, so ist dadurch seine allgemeine Verwendbarkeit als Stoff consumirt, aber nur bis dieses Product seiner Benutzung erschöpft ist; durch Einschmelzen erhält es dieselbe in ihrem vollen Umfange wieder.⁷³⁾ Bei Specificationen aus solchen Stoffen entsteht daher in der That nur eine nova res, kein novum corpus; sie bewirken bloss, dass die bisherige Sache (species) untergeht, aber keine Veränderung ihrer körperlichen Substanz (corpus). Für diese Specificationen trifft daher der Satz: corpus manet, forma mutata est, auf dem die sabinianische Theorie beruht,⁷⁴⁾ vollkommen zu: deshalb muss auf Specificationen mit temporärer Consumption diese Theorie zur Anwen-

⁷¹⁾ l. 78 § 4 D. de legat. [32], siehe unten Note 79. Dem Inhalt dieser Stelle entspricht vollkommen die Ausführung bei J. Stuart Mill a. a. O. I S. 38.

⁷²⁾ Vergl. l. 32 § 5 D. de auro arg. [34, 2] „vasa electrina.“

⁷³⁾ l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1] ut ecce vas conflatum ad massam auri vel argenti vel aeris reverti potest.

⁷⁴⁾ Vergl. § 1 Seite 34.

nung kommen, und eine temporäre Consumption muss überall angenommen werden, wo der Stoff rückführbar ist, wenn sich auch die frühere species, z. B. weil sie ein künstlerisches Product war, nicht wiederherstellen lässt.⁷⁵⁾

Andere natürliche und künstliche Stoffe sind von solcher Natur, dass ihnen durch einmalige Benutzung zur Production für immer die Eigenschaften entzogen werden, von welchen ihre gegenwärtige Verwendbarkeit als Productionsmittel und, sofern sie zugleich Genussmittel sind, auch ihre gegenwärtige Brauchlichkeit abhängig ist.⁷⁶⁾ Deshalb bewirkt bei ihnen die Production eine definitive Consumption dieser Eigenschaften. Es lassen sich dem Stoffe diese Eigenschaften nicht wiedergeben, oder wie die Quellen sagen: die aus dem Stoffe producirt species ad materiam reverti non potest. Wer aus Bäumen Bretter macht, entzieht ihnen für immer die allgemeinere Verwendbarkeit des Baumes: zu Brunnen- und Wasserröhren, zu Schiffsmasten u. s. w. können sie nicht mehr verarbeitet werden. Und wer aus Trauben Wein fabricirt, vernichtet für immer ihre bisherige allgemeine Verwendbarkeit zur Production (von Rosinen, Corinthen).

⁷⁵⁾ L. 24 D. de A. R. D. [41, 1]. In omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt, dicendum est, si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere. Die Ansicht Vangerows, Pand. I S. 565, nach welcher das non vor possunt zu streichen sei, bedarf nach der obigen Ausführung keiner weiteren Berichtigung.

⁷⁶⁾ J. Stuart Mill a. a. O. I S. 37.

und zugleich ihre bisherige Brauchlichkeit als Genussmittel.⁷⁷⁾ Ebenso verhält es sich bei der Verarbeitung von Brettern zu Schiffen, Schränken, Stühlen,⁷⁸⁾ von Marmor zu Statuen oder Gefässen,⁷⁹⁾ von Wolle zu Fäden, Tuch und Kleidern,⁸⁰⁾ von Arzneimitteln zu Salben und Pflastern, von Wein und Honig zu mulsum⁸¹⁾ und, nach dem Stande der römischen Chemie, auch von Gold und Silber zu electrum.⁸²⁾ In allen diesen Fällen wird durch die Production die Reproduction des Stoffes ausgeschlossen: die besondere Brauchlichkeit der nova species und ihre besondere Verwendbarkeit als künstlicher Stoff consumirt definitiv die allgemeinere Brauchbarkeit des Stoffes, aus welchem sie gemacht ist. Bei Specificationen aus solchen Stoffen entsteht daher aus dem alten corpus in der That nicht bloss eine nova res, sondern auch

⁷⁷⁾ l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1]. . . . vinum vero vel oleum ad uvas et olivas reverti non potest.

⁷⁸⁾ l. 26 pr. D. h. t. Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. l. 7 § 7 D. h. t. Gaius II, 79 und andere Stellen bei Fitting a. a. O. S. 16 Note 14.

⁷⁹⁾ l. 78 § 4 D. de legat. [32]. Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, cum, si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cuius haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.

⁸⁰⁾ l. 7 § 7 D. h. t. Gaius II, 79. Andere Stellen bei Fitting a. a. O. S. 16 Note 13.

⁸¹⁾ l. 7 § 7 D. h. t. Gaius II, 79. l. 27 § 1 D. h. t.

⁸²⁾ l. 7 § 8 D. h. t. § 27 I. de R. D. [2, 1].

ein novum corpus d. i. eine neue körperliche Substanz, sie bewirken nicht bloss eine mutatio formæ, sondern auch eine mutatio corporis. Die körperliche Substanz der neuen Sache ist hier nicht mehr identisch mit dem Stoff, aus welchem sie fabricirt ist, weil sie nicht mehr die Eigenschaften hat, welche die Brauchlichkeit und Verwendbarkeit dieses Stoffes bestimmten. So entsteht z. B. bei der Fabrication von mulsum aus Wein und Honig, und nach der römischen Chemie auch bei der Fabrication von electrum aus Gold und Silber nicht bloss eine nova res, sondern auch eine novi corporis species,⁸³⁾ wie bei der Fabrication eines Schiffs und eines Kleides cupressus et lana non manent, sed cupresseum et laneum corpus fit.⁸⁴⁾ Der Satz: corpus manet, forma mutata est, der der sabinianischen Theorie zu Grunde liegt, trifft also bei Specificationen mit definitiver Consumtion nicht zu. Bei ihnen hat die körperliche Substanz der neuen Sache, wie sie hier durch die Specification hergestellt wird, vorher noch Niemandem gehört. Deshalb muss für Specificationen mit definitiver Consumtion die proculianische Theorie Geltung haben. Bei ihnen muss die neue Form, die durch die redliche und rechtmässige Arbeit des Specificanten entsteht, den Stoff, aus welchem

⁸³⁾ l. 7 § 8 D. h. t. veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum, quamvis et *mulsi* et *electri novi corpora* sit species.

⁸⁴⁾ l. 26 pr. D. de A. R. D. [41, 1].

sie gebildet ist, an sich ziehen, und demgemäss von dem Specificanten an dem novum corpus neues Eigenthum erworben werden nach dem unten (§ 4) näher zu erörternden Satze von Nerva und Proculus: hunc dominum esse qui fecerit, *quia quod factum est, antea nullius fuerat.*⁸⁵⁾

Auch bei Specificationen aus fremdem und eigenem Stoff bestimmen sich die Eigenthumsverhältnisse an der nova species bei bloss temporärer Consumption nach der sabinianischen, bei definitiver nach der proculianischen Theorie. Wer also z. B. aus eigenem Erz und fremdem Silber eine Statue oder einen Becher oder sonst eine species macht, wird nicht Eigenthümer derselben, sondern an den beiden Stoffen, aus welchen sie besteht, dauert das bisherige Eigenthum fort, weil sie in ihrer früheren allgemeineren Brauchlichkeit wieder hergestellt werden können. Wenn dagegen z. B. Jemand aus eigenem Honig und fremdem Wein mulsum macht, so wird er Eigenthümer dieser nova species, weil den beiden Stoffen, aus denen sie gemacht ist, ihre frühere Brauchlichkeit nicht wieder gegeben werden kann:

⁸⁵⁾ Auch bei Specificationen eigener Sachen kann es in der Lehre von den Rechtsgeschäften von Bedeutung sein, ob sie eine bloss temporäre Consumption bewirken, oder eine definitive, durch welche ein novum corpus entsteht, wie sich z. B. aus l. 88 D. de legat. [32] ergibt; vergl. l. 6 § 1 D. de auro arg. [34, 2], l. 10 § 6, 7 D. quib. mod. ususfr. [7, 4]. Für die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specification dürfen aber aus diesen Stellen keine Principien gefolgert werden; siehe oben Note 45 und 49.

l. 12 § 1 D. de A. R. D. [41, 1] Callistr. l. 2 inst.

Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.⁸⁶⁾

l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1] Ulp. l. 16 ad ed.

Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.

Mit diesen Pandectenstellen steht die Aeusserung Justinians in den nachfolgenden Institutionenstellen in vollstem Einklang:

§ 25 I. de R. D. [2, 1].

.....et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, *si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo

⁸⁶⁾ Ueber den Sinn dieser Stelle vergl. Einleitung Note 49.

vino et alieno melle mulsum att ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

§ 26 I. eod.

Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento: et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictioem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.

Justinian giebt in § 25 cit. zunächst für Specificationen bloss aus fremdem Stoff den Inhalt der media sententia dahin an: bei Rückführbarkeit des Stoffes werde der Stoffeigenthümer, bei Nichtrückführbarkeit der Specificant Eigenthümer der nova species. Dann geht er auf Specificationen aus eigenem und fremdem Stoff über, und zwar auf solche, bei welchen, wie die angeführten Beispiele zeigen, der Stoff nicht wieder hergestellt werden kann. In diesem Fall (hoc casu), sagt er, konnten die Vertreter der media sententia über den Eigenthumserwerb des Specificanten keinen Zweifel haben (dubitandum non est eum esse dominum qui fecerit), da er hier nicht bloss seine Arbeit, sondern auch einen Theil des Stoffes zur

Herstellung der nova species giebt: denn — das ist der Gedanke Justinians — bei Specificationen bloss aus fremdem Stoff genügt ja nach der media sententia im Fall der Nichtrückführbarkeit des Stoffes schon die Arbeit allein, um den Specificanten zum Eigenthümer der nova species zu machen.

Hiernach bietet der § 25 cit. nicht den geringsten Anhalt für die heute vielfach auf ihn gestützte Ansicht: bei Specificationen aus fremdem und eigenem Stoff werde der Specificant stets Eigenthümer der nova species, gleichviel ob der verarbeitete Stoff wieder hergestellt werden könne oder nicht. Auch aus der Darstellung des Theophilus lässt sich in keiner Weise entnehmen, dass von ihm dieser Inhalt dem § 25 cit. zugeschrieben wurde.⁸⁷⁾ Eine

⁸⁷⁾ Τρίτη δε γέγονε γνώμη μέση τις οὔσα, ἥτις ποτέ μὲν τοῖς Σαβινιανοῖς, ποτέ δὲ τοῖς Προκουλιανοῖς συντρέχει, ἣν καὶ ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν ἐπελέξατο δεσπότης. Φησὶ γάρ ἡ ταύτη γνώμη, εἰ τὸ κατασκευασθὲν εἶδος ἀναλυθῆναι δύναται εἰς τὴν παλαιάν ὕλην, ἐξ ἧς γέγονεν, ὁ τῆς ὕλης δεσπότης καὶ τοῦ εἶδους ἔσται δεσπότης. εἰ δὲ τὸ εἶδος ἀναδραμεῖν εἰς τὴν ἀρχαίαν ὕλην οὐδύναται, τὸν κατασκευάσαντα τὸ εἶδος, εἶναι τοῦ γενομένου δεσπότην. οἷον ὡς ἐπὶ Θέματος, ἀπὸ βώλου χαλκοῦ ἢ χρυσοῦ τὸ κατασκευασθὲν σκεῦος, δύναται

Exstitit porro tertia sententia, quodammodo media, quae aliquando Sabinianis, aliquando Proculianis consentit, quam et religiosissimus dominus noster elegit. Dicit enim tertia sententia, si fabricata species resolvi potest in priorem materiam, ex qua facta fuit, materiae dominus etiam speciei erit dominus: si vero species in veterem materiam reverti non potest, eum qui speciem fabricaverit, dominum esse rei confectae. Veluti in hac specie: ex massa aeris vel argenti vel auri confectum vas, potest conflatum pristinae aeris vel argenti vel auri formam

solche Auslegung des § 25 cit.⁸⁸⁾ wäre überhaupt unmöglich gewesen, wenn man den nachfolgenden § 26 cit. richtig verstanden und beachtet hätte, dass in den Institutionen die Specificationslehre erst mit diesem Paragraph

χωνευθέν, τήν ἀρχαίαν ἀποτε-
λέσαι μορφήν χαλκοῦ ἢ ἀργύρου
ἢ χρυσοῦ. ὁ δὲ οἶνος ἢ το ἔλαιον.
ἢ ὄσιτος, εἰς σταφυλὰς ἢ ἐλαίας
ἢ στάχνας ὑποστρεφεῖν οὐ δύνα-
ται, ἀλλ' οὐδὲ τό οἰνόμελι εἰς
οἶνον καὶ μέλι ἀναλύεσθαι δύνα-
ται. Ταῦτα μὲν, ἐν ᾧ ἢ πᾶσα
ὕλη ἀλλοτρία ἔν.

Εἰ δὲ ἐξ ἐμῆς καὶ σῆς ὕλης
ἐποίησά τι εἶδος, οἷον ἐξ ἐμοῦ
οἶνον καὶ σοῦ μέλιτος οἰνόμελι,
ἢ ἐξ ἐμῶν καὶ σῶν Φαρμάκων
ἐμπλαστρον ἢ ἐξ ἐμοῦ καὶ σοῦ
ἐρίον ἐσθῆτα, ἀναμφίβολον ἐπὶ
τούτου τοῦ Θέματος, τοῦτον εἶναι
δεσπότην τὸν κατασκευάσαντα.
οὐ γάρ μόνον οἰκείαν ἐργασίαν
ἐδαπάνησε περί τό εἶδος, ἀλλά
καὶ μέρος παρέοχε τῆς ὕλης.

reddere: at vinum vel oleum vel
frumentum, in uvas vel olivas vel
spicas reverti non potest: immo
neque mulsum in vinum et mel
resolvi potest. Hae quidem locum
habent, ubi omnis materia aliena
fuit.

Si vero ex mea materia ac tua
speciem aliquam fecero, veluti ex
meo vino ac tuo melle mulsum,
aut ex medicamentis meis ac tuis
emplastrum; aut ex mea lana ac
tua vestem: in hac specie non est
controversum, eum esse dominum,
qui fecerit: non enim suam modo
operam in speciem impendit, sed
et partem materiae praebuit.

⁸⁸⁾ Ueber die Vertreter dieser der herrschenden Doctrin wider-
sprechenden Auslegung vergl. die Citate bei Fitting a. a. O. S.
316 ff., der dieselbe in eingehender Weise zu begründen versucht. Er
legt dabei das Hauptgewicht auf die Darstellung des Theophilus
und sucht den Widerspruch, in welchem diese Interpretation mit
den S. 76 erwähnten Pandectenstellen (l. 12 § 1 D. de A. R. D.
[41, 1], l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1]) steht, in einer Weise zu be-
seitigen, die den Worten derselben grossen Zwang anthut. Gleichwohl
hat Windscheid in den neuern Ausgaben seines Pandectenlehr-
buchs (§ 187 Note 4) Fittings Ansicht adoptirt. Auch die practi-
schen Gründe, aus welchen Fitting a. a. O. S. 326 ff. die allseitige
Anerkennung jener Auslegung für wünschenswerth hält, beruhen auf
einer irrigen Auffassung. Um diese Gründe darzulegen, führt er fol-

endigt, dessen Schlusssatz: *nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt* aus diesem Grunde wörtlich ebenso lautet, wie der Schlusssatz der Specificationslehre

genden dem Hallischen Spruchcollegium vorgelegenen Fall an: „Ein Maschinenfabrikant hatte einem Windmüller verschiedene eiserne Wellbäume, Räder u. dgl. geliefert, aber mit Eigenthumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung. Weil diese nicht zu erlangen war, so stellte er endlich die Eigenthumsklage auf Wiederherausgabe jener Sachen an, und da das Eigenthum bestritten wurde, so musste ihm dessen Beweis auferlegt werden.“ An diesen Fall knüpft Fitting folgende Erwägung: „Eiserne Geräthe.....sind in jede frühere Gestalt zurückführbar; der Eigenthumsbeweis des Fabrikanten würde daher nach der herrschenden Doctrin nur durch den Nachweis erbracht werden können, dass er die Gegenstände vollständig aus ihm gehörigem Eisen gefertigt habe. Wie soll er dies aber beweisen, da doch ein solcher Fabrikant Eisen, das er von den verschiedensten Seiten her erworben, in seinem Magazin ohne besondern Vermerk zusammenwirft und in den Schmelzofen bringt, um daraus neue Waaren herzustellen! So schwierig nun der Beweis nach der herrschenden Ansicht ist, so leicht ist er, wenn man davon ausgeht, dass die Verwendung eigenen und fremden Stoffes genüge, um auch bei rückführbarer Specification dem Specificanten das Eigenthum der *nova species* zu verschaffen. Denn jeder Richter wird ohne weiteres annehmen, dass unter dem Eisen, welches ein Maschinenfabrikant zum Guss neuer Maschinenstücke verwendet, sich jedenfalls auch solches mitbefunden habe, welches in seinem Eigenthum stand.“ Zu einer solchen Annahme dürfte der Richter wohl nicht befugt sein. Das wahre Sachverhältniss ergibt sich aus der obigen Ausführung über die Specification eigener Sachen (S. 55 ff.). Wer sein Eigenthum an einer Sache darauf stützt, dass er sie aus seinem eigenen Stoff gemacht hat, muss bei einer rückführbaren Specification das Eigenthum am Stoff beweisen. Kann er das nicht, so muss er sich für sein Eigenthum an der Sache nicht auf sein Eigenthum am Stoff berufen, sondern auf den Usucapionsbesitz des Stoffes, den er durch gutgläubige Specification auch an der fabricirten Sache erwirbt. So verhält es sich auch bei Specificationen aus eigenen und fremden

in Gaius Institutionencommentar (II, 79). Im § 26 cit. wendet sich Justinian zu der Anwendung der *media sententia* auf Specificationen aus eigenem und fremdem Stoff, bei welchen der Stoff wieder hergestellt werden kann. Als Beispiel führt er einen Fall an, wo die lösbare Verbindung eine accessorische ist. Wenn jedoch, sagt er, Jemand ein Kleid aus eigener Wolle macht (*qui vestimentum fecit*) und dabei demselben fremden Purpur einwebt, so gehört dieser als Accession des Kleides dem, der es macht.⁸⁹⁾ Dabei ist zu suppliren: *quamdiu cohaeret*; der frühere Eigenthümer hat die *actio ad exhibendum*

Stoffen, wenn sie rückführbar sind, also die Verbindung eine lösbare ist. Ist die Verbindung eine accessorische, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum an der Nebensache bis zur Lösung durch die *actio ad exhibendum* des bisherigen Eigenthümers; um mit der *rei vindicatio* zu siegen, haben beide Eigenthümer ihr Eigenthum zu beweisen, können sie diesen Beweis nicht führen, so müssen sie nicht mit der *rei vindicatio*, sondern mit der *actio Publiciana* klagen. Ist die lösbare Verbindung keine accessorische, sondern stehen die zur *nova species* verbundenen Sachen in gleichem Verhältniss, so tritt keine Eigenthumsveränderung ein, jeder Dominus hat eine *actio in rem* auf seine Sache, die *rei vindicatio* oder die *actio Publiciana*, je nachdem er sein Eigenthum oder bloss den *Usucapionsbesitz* beweisen kann, l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1]: *nec communicabitur nec communi dividendo agetur, quia separari potest, agetur autem in rem actio.*

⁸⁹⁾ Von der Verfertigung eines Kleides aus eigener Wolle und fremdem Purpur und demgemäss von einer Specification versteht den § 26 cit. bereits Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthums-erwerb durch Accession S. 44 ff., aber er übersieht, dass hier die Specification durch eine lösbare und accessorische Verbindung bewirkt wird und als solche unter der sabinianischen Theorie steht; deshalb weiss er auch den Sinn der Worte: *accessionis vice cedit vestimento* nicht zu erklären.

auf Trennung des Purpurs vom Kleide und dann die rei vindicatio auf Restitution.⁹⁰⁾ Ist aber der Purpur gestohlen, so schliesst der § 26, dann hat der frühere Eigenthümer auch die actio furti und die condictio furtiva; der Purpur ist zwar als pars vestimenti bis zur Trennung eine res extincta und kann als solche nicht vindicirt werden,⁹¹⁾ aber condiciren kann der Bestohlene von dem Diebe auch res extinctae.⁹²⁾

Eine Nichtrückführbarkeit des Stoffs, wie sie die Anwendung der proculianischen Theorie nach der media sententia voraussetzt, liegt bei Specificationen aus eigenem und fremdem Stoff auch dann vor, wenn bloss einer der verbundenen Stoffe rückführbar ist, weil seine Wiederherstellung den anderen zerstört d. i. unbrauchbar und deshalb werthlos macht. So z. B. bei Schmucksachen, die aus eigenem Golde mit Verzierungen aus fremdem Email verfertigt sind. Dieser Fall entspricht dem Fall der pictura, während die scriptura bei den Römern eine lösbare Verbindung war. Aber in diesen beiden Fällen handelt

⁹⁰⁾ l. 7 § 1, 2 D. ad exhib. [10, 4]. Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas. Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris.

⁹¹⁾ l. 23 § 2 D. de R. V. [6, 1]. l. 23 § 5 D. eod... quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest...

⁹²⁾ Vergl. zu diesem Satze die frühere Ausführung Seite 46 — 49.

es sich um eine s. g. immaterielle Production d. i. um die Hervorbringung nützlicher Ideen.⁹³⁾ Dies wurde von den späteren römischen Juristen nicht übersehen. Sie leiteten aus ihrer Theorie für die *pictura* und *scriptura* die *media sententia* für das *novam speciem facere* ab, aber sie beschränkten diesen Begriff auf die materielle Production und behandelten die *pictura* und *scriptura* getrennt von ihm als eine besondere Art der Production. Heute steht selbstverständlich der Fall der *scriptura* dem der *pictura* gleich, weil unserem Papier seine frühere Brauchlichkeit nicht wieder gegeben werden kann; und wie die *pictura* müssen heute auch Photographien behandelt werden. Dagegen bei Daguerreotypen⁹⁴⁾ und auch bei Lithographien auf fremden Stein verhält es sich wie bei der römischen *scriptura*.⁹⁵⁾ Lithographien werden nur gemacht, um eine Anzahl von Abzügen herzustellen; nachdem dies geschehen ist, kann der Stein zur Herstellung anderer lithographischer Werke benutzt werden. Die Production erfolgt deshalb hier durch eine der römischen *scriptura* ganz gleichartige lösbare accessorische Verbindung. Nach

⁹³⁾ Vergl. Kleinwächter a. a. O. S. 163.

⁹⁴⁾ Madai, Archiv f. civil. Pr. Bd. 26 S. 212 ff. sucht auszuführen, dass bei dem Daguerreotypbilde die Silberplatte die Hauptsache sei.

⁹⁵⁾ Vergl. die im Resultat richtige Entscheidung bei Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 129 und dagegen Bd. 9 Nr. 127, wo die Zeichnung auf einer Steinplatte unter den Satz: *tabulam picturae cedere* gestellt ist.

Analogie der *scriptura* müssen deshalb die Zeichnungen von dem Eigenthum am Stein angezogen werden, aber nur bis zur Lösung (*quamdiu cohaerent*), so dass dem Dominus die *rei vindicatio* und die *actio ad exhibendum* zustehen, wie in dem Fall der *scriptura* dem Dominus des Papyrus oder des Pergaments.⁹⁶⁾

Die bisherige Erörterung zeigt zur Genüge, dass jede Specification ihren Anfang nehmen muss mit der Consumption des Stoffs in dem entwickelten Sinne. Zugleich erhellt bereits aus ihr, dass sich keine Specification vollenden kann, wenn sich mit jener Consumption nicht eine Incorporation von Brauchlichkeiten verbindet, die den Stoff zu einer *nova species* macht. Dies bedarf aber noch eines näheren Nachweises.

3. Die Formveränderungen einer Sache durch blosse Consumption der Eigenschaften, von welchen ihre bisherige eigenthümliche Verwendbarkeit als Stoff für die Production, oder ihre bisherige eigenthümliche Brauchlichkeit als Genussmittel, oder beide abhängig waren, sind ebenso wenig Specificationen, wie die Formveränderungen einer Sache durch Incorporation von neuen Eigenschaften, durch welche sie weder ein neuer künstlicher Stoff, noch ein neues Genussmittel wird. Nur die Umbildung eines Stoffes, die zugleich seine bisherige Brauchbarkeit als Stoff oder Genussmittel consumirt und ihm eine neue Brauchbarkeit als Stoff oder

⁹⁶⁾ Siehe oben Einleitung Seite 19 ff.

Genussmittel incorporirt, ist eine Specification, wie sie die römische Specificationslehre voraussetzt.

Hiernach fällt als eine blossе Consumption, die nur die eigenthümliche Brauchlichkeit einer Sache aufhebt, in das Gebiet dieser Lehre niemals die Zurückführung eines Genussmittels auf die Form des Rohstoffs, wie sie z. B. beim Einschmelzen metallener Gefässe u. s. w. eintritt. Das ist keine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit, sondern nur eine Werthvernichtung durch Vernichtung der Eigenschaften, welche der Sache ihr eigenthümliches Wesen geben: sie vermindert den Werth der Sache um den Werth, den sie durch ihre Form als Genussmittel hatte und reducirt ihn auf den Werth des Stoffes. Sie macht zwar die Sache zu einem aliud corpus, weil sie ihr mit der bisherigen Form ihr bisheriges Wesen entzieht, aber sie macht sie nicht zu einer nova species, weil es an der Incorporation von Eigenschaften fehlt, die sie zu einem neuen künstlichen Stoff oder zu einem neuen Genussmittel umbilden und ihr dadurch ein neues eigenthümliches Wesen geben.⁹⁷⁾ Wird dagegen ein Rohstoff zu

⁹⁷⁾ l. 9 § 3 D. ad exhib. [10, 4]. Sed si quis rem *deteriorem* exhibuerit, aequē ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. Sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit *substantiam* rei. Fitting a. a. O. S. 19 Note 17 betrachtet auf Grund dieser Stelle das Einschmelzen eines Gefässes als Specification; er übersieht, dass diese eine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit voraussetzt.

einem Genussmittel oder zu einem neuen künstlichen Stoff umgeformt, so liegen die Consumption und Incorporation in der Gestalt vor, wie sie für eine Specification erforderlich sind. Wer aus rohem Silber Becher fabricirt, consumirt die allgemeine Verwendbarkeit, die das Silber als Stoff für die Production hat, und incorporirt ihm statt derselben die besondere Brauchlichkeit der Becher als Genussmittel; aber diese Consumption ist nur eine temporäre, weil die incorporirte Brauchlichkeit wieder durch die Consumption des Einschmelzens aufgehoben werden kann. In derselben Weise vollzieht sich die Specification durch Consumption und Incorporation in den früher erwähnten Beispielen, bei der Fabrication von Wein aus Trauben, von Brettern aus Bäumen und von Electrum aus Gold und Silber; und ebenso vollzieht sie sich, wenn der Stoff schon ein Fabricat ist, wie wenn aus silbernen Bechern silberne Löffel fabricirt werden, hier mit temporärer, bei der Fabrication von Wein und Brettern mit definitiver Consumption des Stoffes.

Wie die Zurückführung eines Genussmittels auf die Form des Rohstoffes, so gehören zu den blossen Consumptionen, auf welche die Specificationslehre keine Anwendung findet, alle Verrichtungen, durch welche eine Sache jede Brauchlichkeit als Genussmittel und jede Verwendbarkeit als Stoff für die Production für immer verliert, oder zu einem schlechteren Stoff oder Genussmittel gemacht wird: denn

auch diese Verrichtungen sind, worauf schon oben hingewiesen wurde, keine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit, sondern bewirken gleichfalls nur eine Werthvernichtung. Wer Wein durch eine Beimischung ganz ungeniessbar macht, nimmt nur eine Consumption vor, weil er in der Gestalt, in der er jetzt existirt, werthlos ist, wie die Cigarre und der Tabak, wenn sie durch das Rauchen in Asche umgewandelt sind. Das ist keine Incorporation von Eigenschaften, durch welche aus dem Stoff eine nova species entsteht, weil sie ihm nicht die Brauchlichkeit eines neuen künstlichen Stoffes oder eines neuen Genussmittels einverleibt. Wer dagegen aus Wein Essig macht, oder aus Buchenholz Asche fabricirt, macht eine nova species, denn hier verbindet eine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit⁹⁸⁾ mit der Consumption der bisherigen Brauchlichkeit des Stoffes die Incorporation einer neuen Nützlichkeit, die ihm einen neuen Werth giebt, weil sie ihn zu einem neuen künstlichen Stoff bzw. Genussmittel macht. Dieser neue Werth des Fabricats kann möglicher Weise niedriger sein als der Werth des Stoffes, aus welchem er producirt ist. Die Specification setzt nur eine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit, keine Wertherhöhung, also keine s. g. wirthschaftliche Production voraus. Das Weben von Tuch aus fremder

⁹⁸⁾ An dieser fehlt es, wenn durch Heizen aus Holz Asche entsteht.

Wolle ist eine Specification, auch wenn es eine s. g. unwirtschaftliche Production ist,⁹⁹⁾ weil der Werth des schlecht gewobenen Tuches hinter dem Werth der Wolle zurückbleibt. Eine solche Werthminderung kann für den Stoffeigenthümer, wenn er Eigenthümer der nova species wird, Entschädigungsklagen begründen und für den Specificanten die exceptio doli wegen seiner Entschädigung ausschliessen, aber die juristische Thatsache der Specification ist nicht durch den Umstand bedingt, dass das Fabricat einen höhern Werth hat als der Stoff.¹⁰⁰⁾

Wie durch blosse Consumptionen keine Specification zu Stande kommen kann, weil sie nur Brauchlichkeiten aufheben, so kann andererseits auch eine Sache nicht durch blosse Incorporation neuer Eigenschaften in eine nova species umgewandelt werden. Wer z. B. fremde Wolle färbt, incorporirt ihr eine neue Eigenschaft durch eine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit, aber er consumirt die Wolle nicht, er macht sie nicht zu einer res extincta und aus ihrem Stoff kein novum laneum corpus d. h. weder einen neuen künstlichen Stoff, noch ein neues künstliches Genussmittel: lana manet. Durch die Einverleibung der Farbe

⁹⁹⁾ Vergl. Kleinwächter a. a. O. S. 161 § 1.

¹⁰⁰⁾ A. M. ist Dankwardt a. a. O. S. 43 sub k.: „Es ergibt sich, dass das Fabricat stets einen höhern Werth hat als der Rohstoff. Man kann daher sagen, die Umwandlung des Rohstoffs müsse der Art sein, dass in dem Fabricat ein neuer Werth entsteht.“ Siehe dagegen Fitting a. a. O. S. 173 Note 54.

wird diese eine *pars lanae* und als solche eine *Accession*, die nur die Vervollkommnung oder Verschönerung einer schon vorhandenen Sache bewirkt, keine neue Sache zur Existenz bringt.¹⁰¹⁾ Wer dagegen ein Vliess Wolle zu Fäden spinnt, macht aus der Wolle, weil er ihre Brauchlichkeit consumirt, eine *res extincta* und aus ihrem Stoffe, weil er ihm die besondere Brauchlichkeit der Fäden incorporirt, ein neues Genuss- und Productionsmittel. Hier existiren deshalb zugleich die *Consumtion* und die *Incorporation*, durch welche eine *Specification* bedingt ist. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand aus den gesponnenen Fäden Tuch webt, oder aus dem gewobenen Tuch ein Kleidungsstück macht, denn dort werden die Fäden durch *Consumtion* ihrer Brauchlichkeit *res extinctae* und durch die ihnen einverleibte Eigenschaft des Tuchs ein neuer künstlicher Stoff, hier dagegen wird das Tuch eine *res extincta* durch *Consumtion* seiner allgemeineren Brauchlichkeit, und seine Umbildung zu einem Kleidungsstück incorporirt ihm die besondere Brauchlichkeit eines neuen Genussmittels. In allen diesen Fällen *lana non manet, sed novum laneum corpus fit*.¹⁰²⁾

Es braucht nicht näher ausgeführt zu werden, dass Formveränderungen eines rückführbaren Stoffes durch *Incorporation* neuer Eigenschaften in gleicher Weise zu

¹⁰¹⁾ Vergl. l. 23 § 2 D. de R. V. [6, 1].

¹⁰²⁾ l. 26 pr. D. de A. R. D. [41, 1].

beurtheilen sind. Wer auf einem fremden silbernen Becher Verzierungen macht, bewirkt dadurch nur eine *accessio*, die bei der Vervollkommnung und Verschönerung einer schon vorhandenen Sache ihr Bewenden hat. Wer dagegen aus rohem Silber oder aus silbernen Bechern Löffel fabricirt, macht dort den Rohstoff, hier die Becher zu *res extinctae*, weil er ihre Brauchlichkeit consumirt, und schafft aus ihnen ein neues Genussmittel, indem er ihnen die Brauchlichkeit der Löffel incorporirt; die Consumtion ist hier aber nur eine temporäre für die Zeit, wo das neue Product existirt, *quia species ad materiam reverti potest*.

Incorporationen von Eigenschaften, welche die Identität der Sache nicht alteriren, können natürlich zu so mannigfaltigen Zwecken und in so verschiedener Gestalt erfolgen, dass sich die Fälle weder einzeln aufzählen noch auch nur im Allgemeinen rubriciren lassen. So kann z. B. eine derartige Incorporation den Zweck der Reparatur¹⁰⁸⁾ oder auch den Zweck haben, die Production einer neuen Sache vorzubereiten, oder den Gebrauch eines Genussmittels zu erleichtern. Hierher gehört z. B. das Schälen von Aepfeln und Birnen, aus welchen Backobst gemacht werden soll, das Zersprengen von Steinen, die zu Bausteinen, Chausséesteinen, Grabsteinen u. s. w. bearbeitet werden sollen, das Zerschneiden von Brot oder Fleisch, um es zur Nahrung zu verwenden u. dgl. m. Alle genannten Verrichtungen

¹⁰⁸⁾ l. 76 D. de iud. [5, 1].

influi ren auf die Brauchlichkeit dieser Sachen, aber sie machen sie nicht zu *res extinctae* durch Umbildung in einen neuen künstlichen Stoff oder in ein neues Genussmittel. Auch der geschälte Apfel bleibt dasselbe natürliche Genussmittel wie der ungeschälte, und die zersprengten Steine bleiben derselbe Rohstoff wie die ungesprengten.

Dass Consumption und Incorporation im dargelegten Sinne auch für Specificationen aus fremdem und eigenem Stoff zwei gleich wesentliche Erfordernisse sind, erhellt bereits aus dem oben besprochenen Färben fremder Wolle. Alle Verbindungen von fremden und eigenen Sachen, die durch eine auf Werthschaffung gerichtete Arbeit hergestellt werden, sind nur dann Specificationen, wenn sie diese beiden Erfordernisse in sich schliessen. Unter dieser Voraussetzung sind sie es aber stets, gleichviel ob die Verbindung eine accessorische ist, oder ob die verbundenen Sachen in gleichem Verhältniss stehen; und gleichviel ob sie flüssige oder flüssig gemachte oder feste Sachen sind. Wer z. B. mit seiner Statue einen fremden Arm oder Fuss verbindet, bewirkt dadurch nur eine accessorische Verbindung ohne Specification; wenn dagegen Jemand eine Statue fabricirt und dabei den Fuss aus fremdem, den übrigen Theil aus eigenem Metall macht, oder umgekehrt, so ist diese accessorische Verbindung eine Specification, weil hier, wie nach dem Bisherigen von selbst einleuchtet, die dazu erforderliche Consumption und Incorporation vor-

liegen. Wenn ferner Jemand eigenes Blei mit fremdem Silber zu einer Masse zusammenschmelzt, so ist diese s. g. *confusio* eine Verbindung mit in gleichem Verhältniss stehenden Theilen ohne Specification, quia utraque materia etsi confusa manet tamen;¹⁰⁴⁾ wenn dagegen Jemand fremdes Gold und eigenes Silber, oder fremden Wein und eigenen Honig vermischt, so ist diese *confusio* eine Specification, denn hier entsteht auf dem Wege der Consumption und Incorporation in dem *electrum* und in dem *mulsum* eine *novi corporis species*.¹⁰⁵⁾

So gestaltet sich die Sache auch bei einer s. g. *commixtio* fester Sachen. Wer fremdes und eigenes Getreide von gleicher oder verschiedener Art zusammenmischt, stellt dadurch eine Verbindung ohne Specification her, quia utraque materia etsi confusa manet tamen;¹⁰⁶⁾ wenn dagegen der Apotheker aus fremdem doppeltkohlensaurem Natron und eigener Weinsteinsäure Brausepulver macht, so ist diese *commixtio* eine Specification, weil hier *plura contribuantur, ex quibus unum medicamentum fit*.¹⁰⁷⁾ Es wird den beiden Stoffen durch die Verbindung ihre bisherige Brauchlichkeit entzogen (*utraque materia non manet*) und die Brauchlichkeit eines neuen Genussmittels gegeben. Deshalb existirt auch hier die Consumption und Incorpora-

¹⁰⁴⁾ l. 5 § 1 i. f. D. de R. V. [6, 1].

¹⁰⁵⁾ l. 5 § 1 cit. l. 7 § 8 i. f. D. de A. R. D. [41, 1].

¹⁰⁶⁾ l. 5 pr. D. de R. V. [6, 1].

¹⁰⁷⁾ l. 27 § 1 D. de A. R. D. [41, 1].

tion, die jede Specification voraussetzt. Dagegen fehlt es selbstverständlich an diesen beiden Erfordernissen bei der Verbindung von fremden und eigenen Sachen zu einer s. g. *universitas rerum distantium*:¹⁰⁸⁾ in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, *constat singulas partes retinere suam propriam speciem*, ut singulae oves.¹⁰⁹⁾ Eine nova species ex aliena materia kann nur ein corpus *continuum* oder *unitum* (*ἡνωμένον*) sein, quod uno spiritu continetur, oder ein corpus *coniunctum* (*συνημμένον*), quod ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat.¹¹⁰⁾ Ein corpus continuum ist eine Sache, deren Theile keine eigenen Grenzen haben, weil sie unitate sua d. h. durch sich selbst, nulla ope externa zusammenhängen,

¹⁰⁸⁾ Daraus ergibt sich, dass die Begriffe des Untergangs und der Neuentstehung von Sachen in der Specificationslehre weder naturwissenschaftliche, noch wie Fitting a. a. O. S. 4 ff. meint, psychologische Begriffe sind, sondern wirthschaftliche Begriffe. Man darf deshalb auch nicht sagen, dass es für die Beantwortung der Frage, wann die Verwandlung einer Sache in eine neue Sache anzunehmen sei, kein besseres Hülfsmittel gebe als die Sprache, wie dies von Bechmann a. a. O. S. 38, 44 und von Fitting a. a. O. S. 9 ff. geschieht. Sie stellen das Princip auf: die Sache bleibt dieselbe, so lange sie keinen neuen Namen erhält, sie wird eine andere, wenn sie einen andern Namen annimmt. Man braucht nur an den Fall des Dreschens zu denken, um sich zu überzeugen, dass dieses Princip ein sehr unsicheres ist.

¹⁰⁹⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1].

¹¹⁰⁾ Ueber die Eintheilung der tria corpora in l. 30 D. de usurp. [41, 3] und ihren Ursprung in der stoischen Naturlehre vergl. Göppert, Einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 7 ff. S. 13 ff. Brinz, Pand. § 130 a. E. § 144.

ein *corpus coniunctum* dagegen oder eine s. g. *universitas rerum cohaerentium* ist eine Sache, die aus mehreren zu gemeinschaftlichem Zweck mechanisch verbundenen Körpern besteht, wie ein Schiff, ein Schrank, ein Schmuck u. dgl.¹¹¹⁾

Es erübrigt jetzt noch das letzte Moment, welches der juristische Begriff der Specification in sich schliesst.

IV. Die Verfertigung der *nova species* muss vom Specificanten *suo nomine* geschehen. Dies Requisit ist so selbstverständlich, dass es keiner weiteren Erörterung bedarf. Handelt der Specificant als Stellvertreter für einen Andern, also macht er *alieno nomine* eine *nova species ex aliena materia*, so gilt juristisch der Repräsentirte als der Specificant; deshalb treten für ihn die Grundsätze der Specificationslehre in Wirksamkeit.

§ 3.

III. Wirkungen.

Die rechtlichen Wirkungen der Specification nach der sabinianischen Theorie ergeben sich aus der natürlichen Beschaffenheit, welche diese Theorie der Thatsache der

¹¹¹⁾ Gegen die den Quellen direct widersprechende Ansicht Bechmann's a. a. O. S. 32, die Verfertigung einer s. g. *universitas rerum cohaerentium* falle nicht unter den Begriff der Specification vergl. die Specificationsfälle bei Gaius II, 79 und in l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1] und besonders Fitting a. a. O. S. 17 ff. S. 354 ff.

Specification zuschreibt. Sie nimmt an, wie oben ¹⁾ gezeigt wurde, dass die Specification den Stoff zum Träger für die Eigenschaften einer neuen Sache macht, und dass demgemäss die neue Form eine Accession des Stoffes ist, weil er für sie die körperliche Basis bildet, ohne welche sie nicht existiren kann. Nach dieser Auffassung bewirkt die Specification niemals eine Eigenthumsveränderung. Der Umstand, dass aus einem fremden Stoff, oder aus fremdem und eigenem Stoff eine nova species gemacht ist, übt auf die Eigenthumsverhältnisse gar keinen Einfluss aus. Sie gestalten sich deshalb ganz unabhängig von ihm in verschiedener Weise, je nachdem die Specification bloss aus Einem Stück, also ohne Verbindung, oder aus mehr als Einem Stück, also durch Verbindung erfolgt.

Bei der Specification aus einem Stück, wie z. B. si ex alienis uvis vinum, aut ex alieno aere (marmore) statuum aut argento scyphum fecisses, wird stets der Stoffeigenthümer, der Stoff mag rückführbar sein oder nicht, Eigenthümer der nova species. Er hat deshalb gegen den Specificanten wie gegen den dritten Besitzer der nova species die rei vindicatio, und dem Verklagten steht ursprünglich nur wie Jedem, der auf fremde Sachen suo nomine Verwendungen macht, eine exceptio doli wegen der mit der

¹⁾ § 1.

Specification verbundenen Impensen zu.²⁾ Nach den für diese geltenden Grundsätzen kann er mit jener exceptio, nicht auch durch actio, die Kosten der Specification im vollen Betrage ersetzt verlangen, sofern sie unter den Begriff der *impensae necessariae* fallen, wie z. B., wenn die Kelterung der Trauben nothwendig war, um sie vor Untergang oder Verschlechterung zu bewahren.³⁾ Zu den *impensae necessariae* zählt auch der für den Stoff gezahlte Kaufpreis, wenn der Specificant durch den Kauf den Stoff conservirt hat.⁴⁾ Alle *impensae necessariae* kann, wie der *bonae fidei* possessor, auch der *malae fidei* possessor ersetzt verlangen, nur nicht der Dieb.⁵⁾ Sind die Kosten der Specification bloss *impensae utiles*,⁶⁾ so hat der Specificant als *bonae fidei* possessor einen Ersatzanspruch, wenn auch der Eigenthümer dem Stoff die Wertherhöhung, die er durch die Specification erhalten hat, nach seinen Vermögensverhältnissen geben konnte und deshalb als *diligens pater-*

²⁾ Das beweist die alte Theorie für die *scriptura* und *pictura*, siehe oben Einleitung.

³⁾ l. 14 D. de imp. in res dot. [25, 1]. *Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur.* l. 79 pr. D. de V. S. [50, 16]. *Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* l. 1 § 1 D. de imp. [25, 1]. *Ulpian* VI, 15.

⁴⁾ c. 14, 16 C. de praed. min. [5, 71].

⁵⁾ c. 1 C. de inf. expos. [8, 52].

⁶⁾ l. 79 § 1 D. de V. S. [50, 16]. *Utiles impensas esse, Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant.* l. 5 § 3 D. de impens. [25, 1]. *...quae rem uxoris meliorem fecerint.* l. 29 § 2 de pig. [20, 1]. . . . *sumptus... quatenus pretiosior res facta est.* *Ulpian* VI, 16. *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est....*

familias hätte geben müssen.⁷⁾ Dieser Anspruch beschränkt sich aber auf den Betrag, um welchen die fabricirte Sache werthvoller als der Stoff geworden ist, wenn der Kostenbetrag grösser ist, und im entgegengesetzten Fall auf den Kostenbetrag.⁸⁾ Konnte der Stoffeigenthümer den für die Specification erforderlichen Aufwand nach seinen Vermögensverhältnissen nicht machen — und dieser Fall liegt vor, wenn er, um diesen Aufwand zu decken, den Stoff selbst hätte veräussern müssen,⁹⁾ — so cessirt für den Specificanten jeder Ersatzanspruch: denn von dem *ius tollendi*, welches die Vorschriften über die *impensae utiles* für diesen Fall einem *bonae fidei possessor* geben, und auf welches sie den *malae fidei possessor* überhaupt beschränken,¹⁰⁾ kann der Specificant bei Specificationen aus Einem Stück keinen Gebrauch machen. Die Ausübung dieses Rechts darf nicht

⁷⁾ l. 38 D. de R. V. [6, 1]. In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat.

⁸⁾ l. 38 D. eod. . . . usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.

⁹⁾ l. 38 D. eod. . . . finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat l. 8 D. de imp. [25, 1] iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliundeolvere non potest. l. 25 D. de pig. [13, 7] non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor.

¹⁰⁾ l. 37 D. de R. V. [6, 1] sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit. l. 38 D. eod. . . . sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum.

aus blosser Chikane geschehen; sie setzt voraus, dass das durch die nützlichen Verwendungen Hergestellte nach der Wegnahme noch einen Werth hat und kann auch in diesem Fall vom Eigenthümer durch Ersatz dieses Werthes ausgeschlossen werden.¹¹⁾ Demgemäss fällt für den Specificanten auch dann jeder Ersatzanspruch weg, wenn die Kosten der Specification *impensae voluptuariae* waren: denn diese begründen überhaupt nur das *ius tollendi* mit den eben erwähnten Beschränkungen. Bewirkte aber die Specification eine Werthminderung, so stehen natürlich dem Eigenthümer als Entschädigungsklagen die *actio legis Aquiliae* oder *actio ad exhibendum* u. s. w. zu.¹²⁾

Bei Specificationen aus mehr als Einem Stück ist das Verhältniss massgebend, in welchem die zur *nova species* verbundenen Sachen stehen. Sie haben nach der sabinianischen Theorie ganz dieselben rechtlichen Wirkungen, wie diejenigen Verbindungen, durch welche keine neue Sache producirt wird. Es ist daher von Belang, ob die Verbindung eine *accessorische* ist, oder ob die verbundenen Sachen in *coordinirtem* Verhältniss stehen.

Ist die Verbindung eine *accessorische*, so wird der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer der *nova species*,

¹¹⁾ l. 38 D. de R. V. [6, 1].... *Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis...*

¹²⁾ l. 9 § 3 D. ad exhib. [10, 4]. l. 27 § 15 D. ad leg. Aquil. [9, 2].

bei lösbarer Verbindung bis zur Lösung, bei unlösbarer definitiv, gleichviel ob der Specificant sie aus fremden Stoffen verschiedener Eigenthümer, oder aus fremdem und eigenem Stoff gemacht hat. So in dem oben erwähnten Fall, wenn bei der Fabrication einer Statue der Fuss oder Arm aus dem Silber des Specificanten und der übrige Theil aus fremdem Silber gemacht ist.¹³⁾ Hier kann der Eigenthümer der Hauptsache, cui cedit, quod additum erit, das Ganze vindiciren;¹⁴⁾ der Specificant hat wegen seiner verlorenen Accession ursprünglich nur eine exceptio doli nach den Grundsätzen der Impensen,¹⁵⁾ und bei lösbarer Verbindung die actio ad exhibendum auf Trennung, um dann das Seinige zu vindiciren.¹⁶⁾

Stehen die verbundenen Sachen im coordinirten Verhältniss, so dauert das Eigenthum an ihnen unverändert fort, wenn die Verbindung eine lösbare ist, so z. B. wenn Jemand aus fremdem Blei und Silber ein Gefäss für sich fabricirt. Hier kann jeder der mehreren Stoffeigenthümer seine Sache vindiciren,¹⁷⁾ der Specificant aber der rei vindicatio eine exceptio wegen Impensen nur entgegensetzen,

¹³⁾ l. 26 pr. D. de A. R. D. [41, 1].

¹⁴⁾ l. 23 § 2 D. de R. V. [6, 1].

¹⁵⁾ Vergl. Note 2.

¹⁶⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1]. l. 7 § 1, 2 D. ad exhib. [10, 4].

¹⁷⁾ l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1] . . . sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio.

wenn dem Dominus trotz der Trennung, die er fordert, die Specification noch Nutzen bringen sollte. Ist dagegen die Verbindung unlösbar, so entsteht für die Stoffeigenthümer Condominium an der nova species nach Massgabe des Stoffwerthes. So z. B. wenn Jemand aus Silber oder aus Erz und Gold, welches verschiedenen Eigenthümern gehört, eine Statue fabricirt, oder durch eine commixtio von Sachen verschiedener Eigenthümer ein medicamentum hergestellt hat.¹⁸⁾ Hier hat jeder Stoffeigenthümer einerseits die rei vindicatio auf eine dem Werth seines Stoffs entsprechende Eigenthumsquote und andererseits die actio communi dividundo,¹⁹⁾ die bekanntlich nicht bloss auf Theilung der res communis, sondern auch auf praestationes personales angestellt werden kann, zu denen insonderheit auch der Ersatz der Impensen zählt.²⁰⁾ Des-

¹⁸⁾ Vergl. l. 27 § 1 D. de A. R. D. [41, 1].

¹⁹⁾ l. 5 § 1 D. de R. V. [6, 1] sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. l. 3 § 2 D. eod. . . . si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet. l. 4 eod. Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.

²⁰⁾ Vergl. Puchta, Pand. § 373 Note d.

halb kann der Specificant in diesem Fall auf die Kosten der Specification auch klagen, wenn ihm die Gelegenheit fehlt, seinen Anspruch gegen die rei vindicatio seiner Condomini durch exceptio geltend zu machen.

Der Specificant erhielt also nach der sabinianischen Theorie im günstigsten Fall die Kosten der Specification ersetzt, die Wertherhöhung, welche er dem Stoff durch seine Arbeit gegeben hatte, fiel dem Dominus zu.

§ 4.

IV. Practische Gründe und practische Consequenzen.

Das practische Bedürfniss erzeugt das Recht. Erst wird durch die Anforderungen des Lebens eine Lücke im Recht aufgedeckt, dann wird sie nach den Bedürfnissen und nach dem Geist der Zeit ausgefüllt. Das ist das natürliche Gesetz jeder Rechtsbildung. Das Recht ist keine Schöpfung der juristischen Dialektik. Die wahren Quellen, in welchen man seine letzten Gründe zu suchen hat, sind practische Ideen und Erwägungen. Deshalb ist sein wahres Verständniss überall durch practische Anschauungen bedingt.

Mit Recht macht v. Ihering der heutigen Jurisprudenz den Vorwurf, „dass sie den realen Mächten gegenüber,

mit denen sie sich in die Schöpfung des Rechts zu theilen hat, die Autonomie des juristischen Denkens zur möglichsten Geltung zu bringen und auch das Positive zur idealen Höhe einer logisch-juristischen Wahrheit zu erheben sucht.“

„Gerade in der Gegenwart“ — so fährt er fort¹⁾ — „hat diese Richtung einen höchst bedenklichen Grad erreicht, bedenklich aus dem Grunde, weil diese Scheinbegründung, diese logische Selbsttäuschung von den wahren Quellen, in denen allein die letzten Gründe der Rechtssätze zu suchen sind, und damit von dem wahren Verständniss des Rechts überhaupt abführt. Sollte man doch nach manchen neuern Erscheinungen fast glauben, als sei das Recht im Wesentlichen nichts als eine Schöpfung der juristischen Dialektik, zu deren Verständniss practische Anschauungen überhaupt nicht nöthig seien, ein Tummelplatz für die Fanatiker scholastischer Spitzfindigkeit. Geblendet durch den Glanz des Logischen, der das römische Recht bedeckt und Jedem, der sich ihm naht, zuerst in die Augen fällt, wird das Wahrnehmungsvermögen des Auges, wenn nicht die frische Luft des Lebens es wieder kräftigt, nur zu leicht für alles Andere abgestumpft; statt der wirklichen Welt, in der die realen Mächte des Lebens regieren, erblickt es ausschliesslich nur noch die Fata Morgana einer Welt, in welcher der abstracte Gedanke das Scepter führt. Da

¹⁾ Geist des röm. Rechts III, 1 S. 309 ff. (2. Aufl. 1871).

schwingt sich denn der Begriff zur Rolle des Demiurgen auf: Er hat die Welt des Rechts gemacht, Er regiert sie. An die Stelle der realen Kräfte, welche im Schoosse des Rechts walten, setzt sich die Dialektik des Begriffs; was jene geschaffen und hervorgebracht, giebt sie für ihr Werk aus, indem sie, je nach dem es positiver oder negativer Art ist, das eine als logisch nothwendig, das andere als logisch unmöglich deducirt. Die Stellvertretung und die Uebertragung bei Obligationen ist ausgeschlossen, weil der Begriff sie nicht verstattet.....²⁾ die Specification muss Eigenthum geben, ohne dass die bona oder mala fides darauf von Einfluss sein könnte, weil der Begriff diess verlangt.....³⁾ Jener ganze Cultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinauf zu schrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postulirt, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein. Die Römer hätten verdient in Abdera zu wohnen, wenn sie es je anders gehalten und die Interessen des Lebens der Schuldialektik zum Opfer gebracht hätten. Aber, wird man

²⁾ Puchta, Pand. § 273... „nicht in einer Singularität, sondern im Wesen der Obligationen gegründet.“ § 280.

³⁾ Puchta, Pand. § 154 Note g.

mir einwenden, die römischen Juristen selber operiren doch nicht selten mit dem Gesichtspunkt der logischen Nothwendigkeit und Unmöglichkeit. Gewiss!..... Für den Schulgebrauch ist es ganz bequem, statt der ausführlichen Darlegung der Verhältnisse oder der practischen Gründe, denen ein Rechtssatz wirklich seinen Ursprung verdankt, einen Gesichtspunkt auszudenken, dem er sich als logische Consequenz unterordnet, er gewinnt damit einen gewissen Nimbus und prägt sich leichter dem Gedächtniss ein, und in diesem Sinn wollen wir uns derartige Deductionen der römischen Juristen gern gefallen lassen. Nur verlange man nicht, dass wir in den Gesichtspunkten, die sie zu dem Zweck hie und da aufstellen, den wirklichen Grund der Rechtssätze und Begriffe erblicken.⁴⁾ Es sind Rechenpfennige, Zahlmarken — ganz geeignet für den Zweck, dem sie dienen sollen, aber nicht wirkliches Geld..... So mögen immerhin römische Juristen die Specification durch den Gesichtspunkt der Herrenlosigkeit der Sache motiviren.⁵⁾ Wer sich damit abfinden lässt, der verschliesst sich die Einsicht in das wahre Wesen der Specification. Nicht weil die neugebildete Sache in dieser ihrer Gestalt noch nicht da war und keinen Herrn hat, fällt sie dem Specificanten zu — dann müsste auch die blossе Zerstörung

⁴⁾ „Dieselben streifen mitunter geradezu an's Wunderliche, so z. B. in l. 7 D. de S. P. U. [8, 2], § 8 I. de hered. ab intest. [3, 1], l. 14 pr. de serv. [8, 1]“; v. Ihering a. a. O. S. 312 Note 431a.

einer Sache Eigenthum geben —, sondern weil sie aus zwei Factoren gebildet ist, von denen jeder einen Anspruch auf Schutz erheben kann: Stoff und Arbeit. Eine wirthschaftlich unentwickelte Zeit mag den Ausschlag für den Stoff geben, aber eine Zeit, in der Gewerbe, Handel und Industrie blühen, kann dies nicht, ohne die Interessen des Verkehrs Preis zu geben. In demselben Masse, in dem die Arbeit selber sich entwickelt, entwickelt sich auch das Recht der Arbeit. — So möge ferner die juristische Logik uns immerhin deduciren: die Früchte, die der gutgläubige Besitzer auf fremdem Grund und Boden baut, müssten eigentlich dem Eigenthümer gehören. Der altrömische Bauer wusste in diesem Verhältniss den Werth und das Recht der Arbeit besser zu würdigen, er sprach das Eigenthum dem zu, der die Mühe davon gehabt hatte..... Wenn nun in diesem und so manchen andern Verhältnissen die Logik verlassen ist, welche Bewandtniss wird es mit denjenigen haben, in denen sie befolgt ist? Ich denke in beiden Fällen ganz dieselbe, nämlich das practische Bedürfniss oder das Rechtsgefühl hat den Ausschlag gegeben, und die Logik hat sich gefügt.⁶⁾ So bei den Römern, so

⁵⁾ l. 7 § 7 de A. R. D. [41, 1].

⁶⁾ „Man vergleiche beispielsweise folgende Fälle: l. 8 de nox. act. [9, 4], wo der Jurist sich das Bedenken wegen der Unmöglichkeit der Klage damit zurückweist: quodsi non potest, evidenti iniuria afficietur, und l. 1 § 1 D. si is qui test. [47, 4];“ v. Ihering a. a. O. S. 314 Note 433a.

bei uns. Wäre das Bedürfniss nach Stellvertretung im alten Rom bereits dringend genug gewesen, um die Bedenken zu überwinden, die ihr in practischer Beziehung entgegenstehen, so würden dieselben Personen, die heutzutage die logische Unmöglichkeit der directen Stellvertretung deduciren, muthmasslich die logische Nothwendigkeit derselben beweisen, und mit der angeblichen logischen Undenkbarkeit der Uebertragung von Forderungen würde es sich schwerlich anders verhalten. Kurz diese juristische dialektische Methode ist um kein Haar besser, als die von Hegel, an die Stelle der realen Motive, welche die Welt regieren: die ethischen, psychologischen, wirthschaftlichen, legislativpolitischen setzt sie die juristischen Kategorien der Person, Sache, Handlung u. s. w.; ihre vermeintliche logische Nothwendigkeit ist ganz wie bei Hegel der getreue Schatten der Wirklichkeit; weil es ihr ein Leichtes ist, ihn vorausfallen zu lassen, will sie uns glauben machen, er sei es, der vorangehe, und dem die Wirklichkeit folgen müsse!“

Nach dieser trefflichen Ausführung, die hier im Hinblick auf die bisherige Behandlung der Specificationslehre vollständig bis auf kleine unerhebliche Lücken wiedergegeben ist, kann sich Niemand der Ueberzeugung verschliessen, dass die Sabinianer den wirklichen Grund für den von ihnen aufgestellten Satz: *ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset*, nicht angeben, wenn sie sagen, *quia*

sine materia nulla species effici possit. Diese Worte enthalten nur die juristische Begründung jenes Satzes. Und diese juristische Begründung bezweckt nur seinen formellen Anschluss an das geltende Recht d. h. seine Deckung durch dasselbe: den oben erörterten Nachweis, dass die Anwendung des bestehenden Rechts auf die Thatsache der Specification nach der natürlichen Beschaffenheit dieser Thatsache (naturaliratione) zu jenem Satze führe.⁷⁾ Solche Begründungen der römischen Juristen sind tendentiöse, wie ihre Wortinterpretationen bei Auslegung der Gesetze.⁸⁾ Die Rechtssätze, die sie aufstellen, sind vor der Begründung und vor der Interpretation gewollt nach practischen Erwägungen. Diese, nicht die Richtigkeit der Begründung oder der Interpretation, entscheiden darüber, ob die Rechtssätze recipirt oder von andern Juristen nach abweichenden practischen Erwägungen bekämpft werden. So wurde die Sache von den Römern selbst aufgefasst. Sie bezeichnen schon ihre ältern Juristen als die veteres, qui iura condiderunt,⁹⁾ und das von ihnen ausgehende Recht als das ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus.¹⁰⁾ Es fehlt deshalb auch nicht an Stellen, die statt der juristischen Begründung für einen Satz des Juristenrechts

⁷⁾ Vergl. § 1.

⁸⁾ Vergl. v. Ihering a. a. O. II, 2 S. 443 ff. S. 429 S. 452.

⁹⁾ *Gaius* IV, 30.

¹⁰⁾ I. 2 § 5 D. de O. I. [1, 2].

einen Hinweis auf seinen practischen Entstehungsgrund enthalten. Wenn von dem bonae fidei possessor eines Grundstücks gesagt wird, dass er pro cura et cultura Eigenthümer der Früchte werden müsse,¹¹⁾ so liegt darin keine juristische Begründung dieses Rechtssatzes, sondern der Hinweis, dass er ein wirthschaftliches Bedürfniss ist. Und wenn Justinian in den Institutionen¹²⁾ über die Specification aus eigenem und fremdem Stoff sagt: quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit: *cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit*, so enthält der Schlusssatz ebenfalls keine juristische, sondern eine wirthschaftliche Begründung des ausgesprochenen Rechtssatzes, die keinen Zweifel darüber lässt, dass schon die beiden Schulen und die Vertreter der media sententia sich bei der Gestaltung ihrer Specificationstheorien von nationalökonomischen Gesichtspunkten leiten liessen.

Das ökonomische System der Römer während der Republik bis tief in die Kaiserzeit hinein war die s. g.

¹¹⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1].

¹²⁾ § 25 i. f. I. de R. D. [2, 1].

Naturalwirthschaft.¹³⁾ Die gewerbliche Arbeit d. i. die Umarbeitung von Stoffen zu neuen Gütern¹⁴⁾ bildete noch keine selbständige Berufsarbeit. Die Grundbesitzer, welche durch ihre Slaven die Rohproductionsarbeiten vornehmen liessen, bewirkten zugleich durch andere dazu geschickte Slaven die Fabricationsarbeiten an dem Rohproduct, und auch den Handel mit den fertigen Producten betrieben sie bis in das Augusteische Zeitalter hinein selbst durch ihre Slaven, oder durch ihre Freigelassenen gegen eine Tantième vom Gewinn. Es gab keinen Handwerker-, keinen Fabricanten- und keinen Kaufmannsstand. Deshalb wechselten die Producte während ihres ganzen productiven Processes nicht mittelst des Geldes d. h. durch Verkauf und Kauf den Besitzer. Der Productionsprocess forderte überhaupt kein Geld, da die Slaven für die Arbeit der Fabrication wie der Rohproduction keinen Lohn, sondern nur den nothwendigen Unterhalt in natura durch das dazu erforderliche Getreide erhielten. Von den Freien wurde die gewerbliche Arbeit verachtet als ein sordidum negotium, an welchem Schmutz und Mackel haften.¹⁵⁾ Sie zählte zu den

¹³⁾ Rodbertus, Untersuchungen auf dem Gebiet der Nationalökonomie des klassischen Alterthums in Hildebrand's Jahrbüchern für N. O. Bd. 4 S. 343 ff. S. 405 ff. (1865). Diesen Untersuchungen ist vornehmlich die nachfolgende Darstellung entnommen.

¹⁴⁾ Schönberg a. a. O. I S. 788.

¹⁵⁾ Drumann, Die Arbeiter und Communisten in Griechenland und Rom S. 156 ff.

operae illiberales, zu welchen sich der Freie nicht hergeben, die er den Slaven überlassen soll.¹⁶⁾

Hiernach fehlte während der Republik der Gegensatz von Arbeit und Besitz, der die ganze moderne Gesellschaft in zwei Klassen: in Besitzer und Arbeiter theilt. Die Arbeiter gehörten als Slaven selbst zum Besitz. Deshalb konnten die Früchte der Arbeit nur als Früchte des Besitzes angesehen werden. Der Arbeiter konnte keinen rechtlichen Anspruch an seinen Arbeitsproducten haben.¹⁷⁾

Es gab natürlich zu allen Zeiten auch Bürger, Freigelassene und Fremde, die, weil sie arm waren, in Ermangelung von Slaven sowohl für sich selbst wie für Andere des Unterhalts wegen arbeiten mussten, soweit sie sich nicht der Freigebigkeit der Reichen erfreuten, oder durch die öffentlichen Getreideaustheilungen temporär ihr Leben im Müssiggang nothdürftig fristen konnten.¹⁸⁾ Aber es fehlte unter diesen freien Arbeitern die heutige gewerbliche Gliederung, nach welcher die Rohproduction, die Fabrication, der Handel und die Unterabtheilungen dieser Hauptgewerbe verschiedenartige selbständige Einzelgewerbe bilden. Jeder Grundbesitzer betrieb in seinem Haushalt alle gewerblichen Zweige zusammen, entweder durch Sla-

¹⁶⁾ v. Ihering, Der Zweck im Recht I S. 114 ff.

¹⁷⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 278 ff.

¹⁸⁾ Drumann a. a. O. S. 153. S. 170. Friedländer, Sittengeschichte Roms I S. 220, 238, 246.

ven, soweit er solche mit der erforderlichen Geschicklichkeit hatte, oder durch arme Freie, die als selbständige Arbeiter mit den Inhabern der Grossbetriebe nicht concurriren konnten.¹⁹⁾

Die Zahl dieser besitzlosen Freien steigerte sich erheblich, als die Grundherren auch Ackerbau und Viehzucht, die ursprünglich für den anständigsten und würdigsten Beruf galten, als sordidum negotium betrachteten²⁰⁾ und sich damit zu dem Grundsatz bekannten: für den Freien geziemt es sich nur, mit seinen geistigen Kräften und unentgeltlich zu wirken, jede körperliche Arbeit des Erwerbs wegen ist für ihn gemein, ein servile ministerium, alle Handwerker treiben Gemeines, in der Werkstatt giebt es nichts Freisinniges, wer Lohn annimmt, verkauft sich in die Slaverei.²¹⁾ Dieser Grundsatz wurde aber nur so verstanden: die unmittelbare körperliche Arbeit ist schimpflich, aber nicht auch der Gewinn aus der körperlichen Arbeit, den man durch Vermittlung von Slaven und Freigelassenen zieht, weil man dann von dem Schmutz der Arbeit nicht befleckt wird;²²⁾ und ebensowenig ist der Gewinn, den man durch seine geistigen Kräfte macht,

¹⁹⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 280, 300.

²⁰⁾ Drumann a. a. O. S. 150.

²¹⁾ Cicero de off. 1, 42. Livius 21. 63. 22. 25 fin. Drumann a. a. O. S. 157. v. Ihering a. a. O. S. 113 ff.

²²⁾ Friedländer a. a. O. S. 254.

gemein, wenn er nicht in einem Lohn für die geistige Arbeit besteht. Das Talent und das Wissen sah man als Güter an, die Jeder, der auf Ehre hält, seinen Mitbürgern und dem Staate unentgeltlich zur Verfügung stellen muss; deshalb durften Staatsämter und der Beruf eines Rechtsconsulenten nur Ehrenposten (*honores*) sein. Aber wer über die Brücke der städtischen Magistratur in die Provinzen gelangte, um dort zu erpressen, die Bundesgenossen zu plündern und den Schatz zu betrügen,²³⁾ dem gestattete die Volksmoral, sich durch diesen Gewinn schadlos zu halten.²⁴⁾ Es war ja keine *merces*, sondern *lucrum*: *lucri bonus est odor ex re qualibet*; unde *habeas, quaerit nemo, sed oportet habere*.²⁵⁾

Dieser Satz enthielt die Signatur der Zeit, als sich den Römern die Schätze des Auslandes geöffnet hatten. Mit dem Besitze nahm das Verlangen, und mit dem Genusse das Bedürfniss zu. Die körperliche Arbeit und der Lohn für die Arbeit wurden verachtet, aber erwerben wollte doch Jeder, um zu geniessen. Alle beherrschte die Goldgier (*auri sacra fames*),²⁶⁾ und die Kunst so schnell als möglich reich zu werden (*artes pecuniosae*),²⁷⁾ um das ganze Leben

²³⁾ Drumann a. a. O. S. 152.

²⁴⁾ v. Ihering, Zweck im Recht S. 121.

²⁵⁾ *Juvenal* 14. 176. 200. Drumann a. a. O. S. 295 ff.

²⁶⁾ *Virg. Aen.* 3, 57.

²⁷⁾ *Martial* 5, 56. Drumann a. a. O. S. 293.

hindurch schwelgen zu können, war die höchste: dives qui fieri vult, et cito vult fieri.²⁸⁾ Der Egoismus galt daher als die höchste wirthschaftliche Tugend. O cives, cives quaerenda pecunia primum est, virtus post nummos.²⁹⁾ Das war die Losung.

Dieser Losung entsprechend verpachteten die grossen Grundbesitzer, als sie es für eine Forderung des Anstands hielten, Sichel und Pflug zu verlassen, ihre bisherigen grossen Latifundienwirthschaften parcellenweise zwecks Erzielung des höchsten Gewinns gegen Naturalpacht an ihre Sklaven oder Freigelassenen.³⁰⁾ Sie wollten ihre Hände nicht mehr zum Säen und Pflügen, sondern zum Beifallklatschen im Theater und Circus gebrauchen.³¹⁾ Sie wollten ständig in der Stadt leben, aber auch die Annehmlichkeiten des Landlebens nicht entbehren. Deshalb wussten sie durch ihren Reichthum ganze Strassen und selbst ganze Städte in Gärten, Villen und Landschlösser umzuwandeln, so dass 40 p. Chr. und später wiederholt der Verkauf städtischer Gebäude auf Abbruch verboten werden musste.³²⁾

Diese und andere Gesetze, die schon früher gegen den Aufwand erlassen wurden, beweisen, dass er unaufhaltsam

²⁸⁾ *Juvenal* 14, 176. *Gell.* 3, 1 § 2. *Drumann* a. a. O. S. 295.

²⁹⁾ *Horat.* *Epist.* I. 1, 33. *Drumann* a. a. O. S. 293.

³⁰⁾ *Rodbertus* a. a. O. Bd. 2 S. 208 ff.

³¹⁾ *Varro* de R. R. 2 praef. *Valer. Maxim.* 7, 5 § 2. *Drumann* a. a. O. S. 150.

³²⁾ *Rodbertus* a. a. O. Bd. 5 S. 293.

fortschritt. Deshalb musste auch der Reichthum unaufhaltsam zunehmen, um neuen Genüssen Befriedigung gewähren zu können. Die parcellenweise Hingabe der Latifundien zur Naturalpacht, durch welche das Kleinwirthschafts- und Kleinpachtsystem eingeführt wurde, sollte dem Grundherrs mehr Gewinn bringen als seine bisherige eigene Grossgutswirtschaft.⁸³⁾ Der Naturalpächter durfte daher von den Rohproducten für seine Arbeit nicht mehr erhalten, als zu seinem Unterhalt nothwendig war; darüber hinaus mussten sie den Betrag der Naturalpacht bilden, um in den Schooss des Grundherrs zu fallen.

Damit verblieb dem Grundherrs die Fabrication an den Rohproducten. Nur eine locale Trennung der Fabrication von der Rohproduction verband sich nothwendig mit dem Kleinpachtsystem. Auf den Parcellen, wo der Naturalpächter wirthschaftete, konnten die Grundherren die als Naturalpacht empfangenen Rohproducte nicht fabriciren lassen. Die Fabricationsarbeiten mussten daher jetzt in den städtischen Wohnungen des Grundherrs vorgenommen werden, durch die Fabriksclaven, die dem Herrn in die Stadt folgten, oder durch seine Freigelassenen gegen eine Tantième, die auch bei der Fabrication dem Grundherrs den Hauptgewinn liess.⁸⁴⁾

⁸³⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 2 S. 224.

⁸⁴⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 306.

So geboten denn die Latifundienbesitzer über enorme Summen, die es ihrem Egoismus möglich machten, in allen Beziehungen die Noth ihrer Mitbürger auszubeuten. Sie verdrängten allen kleinen Besitz und häuften für sich immer grösseren Latifundienbesitz an: die kleinen Landwirthe, die ihre Schuldner waren, mussten ihnen ihre Güter abtreten, weil sie nicht zahlen konnten.⁸⁵⁾ Ebenso verdrängten sie durch ihren Grossbetrieb mit seinen productiven Vortheilen alle kleinen Betriebe.⁸⁶⁾

In dieser Weise steigerten die Grundherren, als sie anfangen auch Ackerbau und Viehzucht für eine schimpfliche Arbeit zu halten, die Zahl der besitzlosen und armen Freien, die, um zu leben, bei ihnen Arbeit suchen mussten. Dabei benutzten sie die ganze Ueberlegenheit des Besitzes, um auch die freie Arbeit für immer vom Besitze auszuschliessen.

Hätte von jeher dem Besitz nur die freie Arbeitskraft gegenüber gestanden, so würde das gegenseitige Bedürfniss der Besitzer und Arbeiter bei der Güterherstellung zu einer billigen Vereinigung über die Theilung der Früchte der Arbeit geführt haben. Allein der Zeit, wo die freie Arbeit dem Besitz gegenüber trat, ging eine vielhundertjährige Civilisation voran, während welcher die Arbeiter als Slaven selbst zum Besitz gehörten. Deshalb hatten

⁸⁵⁾ Drumann a. a. O. S. 152 ff.

⁸⁶⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 284.

die Römer sich daran gewöhnt, dass die Früchte der Arbeit Früchte des Besitzes waren, und dass die Kosten des Arbeitsproducts sich deckten mit den Kosten des nothwendigen Unterhalts für die Slaven, die es herstellten. An dieser aus der Slaverei erwachsenen Gewohnheit, hielten sie auch in dem Lohnverhältniss mit den freien Arbeitern fest. Dies war zwar der Vereinbarung durch Vertrag überlassen, allein die Ueberlegenheit des die Production unternehmenden und leitenden Besitzers über den besitzlosen Arbeiter schloss eine billige Vereinbarung, bei der jede Partei ihre Rechnung findet, aus: sie drückte den Arbeitslohn auf den der Gewohnheit entsprechenden Betrag herab: auf die Kosten des Products d. i. auf den nothwendigen Unterhalt des Arbeiters.⁸⁷⁾

Bei diesen Anschauungen blieb selbstverständlich den Arbeitern auf eigene Rechnung auch das Recht der Specification entzogen, wenn sie aus fremdem Stoff Fabricate hergestellt hatten, obwohl der Stoff von ihnen bona fide und iusto titulo erworben und bona fide verarbeitet war. Die Früchte der Arbeit sind Früchte des Besitzes, und der Arbeitslohn besteht in den Kosten des Arbeitsproducts. Deshalb muss sich der Anspruch des Specificanten auf den Ersatz der Impensen beschränken. Bei der scriptura und pictura auf fremden Stoff kann es nicht anders sein, wenngleich es sich hier um eine immaterielle Production handelt. Diese

⁸⁷⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 278 ff.

Arbeit war nicht ehrenvoller als jede Fabricationsarbeit. Das Abschreiben fremder Werke war Sklavenarbeit; Atticus betrieb {es als Nebengeschäft durch seine Sklaven.³⁸⁾ Und wenn der vornehme Mann den Pinsel in die Hand nahm, machte er sich lächerlich: ea res in risu et contumelia erat.³⁹⁾ „Würde es nicht auch bei uns“, sagt Cicero,⁴⁰⁾ „viele Polyclitus und Parrhasius gegeben haben, wenn man es an Fabius, einem vornehmen Mann, gelobt hätte, dass er malte? Ehre rührt die Künste, durch den Ruhm werden Alle zu edlen Bestrebungen entflammt, stets aber liegt das darnieder, was Niemand schätzt.“

So beherrschte das ganze wirthschaftliche Leben nicht die Arbeit, sondern der die Production in Händen haltende Besitz. Die ganze Verkehrsmaschine war auf Gewinn ohne Arbeit und auf Arbeit ohne Arbeitsfrucht gestellt. Der Arbeiter muss die Früchte seiner Arbeit dem Latifundienbesitzer als Gewinn überlassen. Ebenso der kleine Landwirth seine Güter; durch das Darlehen wurde er expropriirt. Es kam vor, dass grosse Theile einer ganzen Provinz in den Besitz eines einzigen Römers gelangten. Diesen müssiggängerischen Erwerb begleiteten natürlich eine steigende Corruption — die Bestechlichkeit der Beamten und die Abwesenheit jedes Anstandsgefühls selbst bei

³⁸⁾ Vergl. Marquardt, Römische Privatalterthümer II S. 404 ff.

³⁹⁾ *Plinius* 35, 7. Drumann a. a. O. S. 189.

⁴⁰⁾ *Tusc.* 1, 2. Drumann a. a. O. S. 181.

dem vornehmsten Römer, wo der Gewinn in Frage kam⁴¹⁾ — und ein steigendes Proletariat, das sich durch die zuströmende Einwanderung aus den Provinzen immer neu ergänzte. In Folge der productionswirtschaftlichen Einheit drückte sich der Gegensatz von Arm und Reich nur noch in der Form von Latifundienbesitz und Grundbesitzlosigkeit aus. Beide nahmen unaufhaltsam zu und damit auf der einen Seite der Reichthum, auf der andern die Armuth.⁴²⁾

Durch den immer steigenden Reichthum des Besitzes und die sich immer gleichbleibende Armuth der Arbeit musste im Laufe der Zeit nothwendig zwischen beiden ein solcher Contrast entstehen, dass die freien Arbeiter die Früchte ihrer Arbeit nicht mehr den Grundherren, mit denen sie doch die Freiheit gemein hatten, als Gewinn überlassen, sondern selbst gewinnen und Besitz erwerben wollten. Schon gegen den Ausgang der Republik bildete sich deshalb eine Bewegung gegen die bisherige Productionseinheit der römischen Haushaltungen.⁴³⁾

Diese Bewegung ging von den Freigelassenen aus.⁴⁴⁾ Von den unaufhörlich und massenhaft aus allen Theilen

⁴¹⁾ l. 27 § 1 D. de H. P. (5, 3) . . . nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur. Friedländer a. a. O. S. 255. Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 292.

⁴²⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 287 ff. Friedländer a. a. O. S. 245 ff.

⁴³⁾ Rodbertus a. a. O. S. 301 ff.

⁴⁴⁾ Rodbertus a. a. O. S. 302.

des Reichs wie aus den Barbarenländern eingeführten Slaven erhielten Jahr aus Jahr ein Hunderte, ja Tausende die Freiheit.⁴⁵⁾ Einen Maasstab für die Ausdehnung der Freilassungen giebt die Vorschrift, durch welche Augustus sie einschränken wollte, nach der aber der Herr immer noch die erhebliche Zahl von hundert Slaven *testamento manumittiren* konnte. Unter den Grabmälern, die sich noch heute zu beiden Seiten der Heerstrassen vor den Thoren Roms hinziehen, bilden die der Freigelassenen die ungeheure Mehrzahl.⁴⁶⁾ Gerade die freigelassenen Ausländer, namentlich Griechen und Orientalen, waren häufig im Besitze grosser Reichthümer. Diese hatten sie theils im Dienste vornehmer Häuser erworben, wo sie sich bei den Herren beliebt und unentbehrlich zu machen oder die Neigung der Herrinnen zu gewinnen wussten, theils durch kaufmännische und andere gewerbliche Unternehmungen, die in ihren rührigen und betriebsamen Händen waren.⁴⁷⁾ Zum grossen Theil wurden allerdings diese Geschäfte zu Ende der Republik und in der ersten Kaiserzeit noch von Slaven und Freigelassenen für ihre Herren betrieben, aber es entwickelte sich in dieser Zeit zugleich eine umfang-

⁴⁵⁾ In der Zeit von 356—211 v. Chr. Geb. durchschnittlich 1380 Slaven jährlich. Roscher, *Grunds. der N. O.* § 75 Note 10. *Tacit. Ann.* XXIII. 26 ff.

⁴⁶⁾ Unter den Grabschriften vom Jahre 100—250 p. Chr. kommen etwa zehn *libertini* auf einen *ingenuus*. Roscher a. a. O.

⁴⁷⁾ Friedländer a. a. O. S. 310.

reiche Thätigkeit von freigelassenen auf eigene Rechnung arbeitenden Handwerkern und Gewerbetreibenden.⁴⁸⁾ Im Streben nach Gewinn von ihren Herren oder Patronen zu Bürgern erzogen, erkannten sie bald, dass Specialität der Beschäftigung vorzugsweise Gewinn bringt. Deshalb setzten sie die Arbeiten und Geschäfte, die sie als Sklaven erlernt und bisher für ihre Herrn betrieben hatten, als selbständige Handwerker und Geschäftsleute fort.⁴⁹⁾ Damit bahnten sie die erste gewerbliche Gliederung an, die den Verfall und schliesslich die Auflösung der Productionseinheit des alten römischen Haushalts nach sich zog, als die Arbeitstheilung mit der Entwicklung des Handels und der Industrie immer grössere Fortschritte machte.

Zuerst lösten sich das Banquiergeschäft, der Grosshandel und die Krämerei von der einheitlichen Oekonomie ab. Dann begann auch die Fabrication sich von der Rohproduction zu scheiden, von vornherein, wie schon erwähnt, nur local, indem sie sich von der Villa des Grundherrn in die Ringmauern der Stadt zog,⁵⁰⁾ bald aber, um gesondert bis in ihre feinsten Verzweigungen selbständig für eigene Rechnung zu arbeiten. Wenn wir darüber auch nur einzelne dürftige Angaben haben, so lässt sich doch aus ihnen zur Genüge

⁴⁸⁾ Friedländer a. a. O. S. 249.

⁴⁹⁾ Rodbertus a. a. O. S. 302. Friedländer a. a. O. S. 249.

⁵⁰⁾ Rodbertus a. a. O. S. 301.

entnehmen, in welchem Umfange sich seit dem Ende der Republik die Arbeitstheilung ausbildete.⁵¹⁾ Etwa 174 v. Chr. gab es, wie Plinius berichtet,⁵²⁾ noch kein Bäckerhandwerk in Rom. Als aber die schwelgerische Tafel den einfachen Tisch verdrängte, wollten die Reichen anderes Brod als die Armen, und Backwerk für den Nachttisch haben, beides von verschiedener Art und Form; deshalb kauften sie jetzt mit grossen Summen Slaven, die es zu bereiten verstanden. Aus diesen Slaven gehen dann durch Freilassung die Bürger hervor, die zu Ciceros Zeit die Lieferung von Bäckerwaaren zum allgemeinen Gebrauch als selbständiges Gewerbe betrieben.⁵³⁾ Mit der Zunahme der Bevölkerung und der Arbeitstheilung wächst dann dieser selbständige Betrieb so, dass Rom zu Anfang des vierten Jahrhunderts p. Chr. 254 Bäckereien hatte, darunter mehrere Arten Fein- und Kuchenbäckereien, von denen jede ein besonderes Backwerk lieferte.⁵⁴⁾ Dieselbe Entwicklung hatten alle Industriezweige, für die ein Bedürfniss in der Bevölkerung existirte. Das Gewerbe der Kupferschmiede theilte sich in Topfgiesser, Kandelabermacher u. s. w., das der Eisenarbeiter in Schlosser, Messerschmiede, Sichelmacher u. s. w. Ganz besonders entwickelt war die

⁵¹⁾ Friedländer a. a. O. S. 249.

⁵²⁾ *Plinius* 18. 28. *Drumann* a. a. O. S. 159.

⁵³⁾ *Cicero* pro Rosc. 46. *Drumann* a. a. O. S. 160.

⁵⁴⁾ *Friedländer* a. a. O. S. 250.

Arbeitstheilung in den Kunsthandwerken: es gab Modelleure, Giesser, Künstler in getriebener Arbeit u. s. w.; und es gab Bildhauerwerkstätten für die Herstellung von Statuen, besondere für Grabdenkmäler, eigene Gemmenarbeiter und Arbeiter, die nur den Statuen die Augen einsetzten.⁵⁵⁾

Die Vortheile einer zweckmässigen d. h. der Ausdehnung des Markts entsprechenden Arbeitstheilung sind ebenso bekannt, wie die Vorzüge der freien Arbeit vor der Sklavenarbeit. Die Arbeitstheilung macht, weil sich mit ihr eine grössere Virtuosität der Arbeiter und eine Menge von Ersparnissen an Zeit und Mühe verbinden, die Arbeit besser und wohlfeiler, als sie bei productionswirtschaftlicher Einheit geleistet werden kann.⁵⁶⁾ Aus denselben Gründen steht die freie Arbeit über der Sklavenarbeit. Der Sklave arbeitet theuer und schlecht. „Was er zu Grunde gehen lässt, verliert nur sein Herr, was er faulenzten und verzehren kann, ist für ihn Gewinn. Fleiss und Geschicklichkeit sind ihm schädlich, sofern sein Herr ihn dann zu mehr Arbeit anhalten und schwerer freilassen wird. An feinere Arbeitstheilung, wie die Gewerbe sie fordern, an Erfindsamkeit u. s. w. ist bei der Sklaverei nicht zu denken. Statt der unzähligen Triebfedern des freien Arbeiters: Sorge für seine Zukunft, für seine Familie, Streben nach Ehre

⁵⁵⁾ Weitere Details bei Friedländer a. a. O. S. 250 ff. und Marquardt, Römische Privatalterthümer II S. 23 ff.

⁵⁶⁾ Roscher a. a. O. § 58.

und Behaglichkeit, kennt der Slave in der Regel nur eine: die Furcht vor Misshandlungen, und dagegen stumpft er sich allmählig ab.“⁵⁷⁾

Hiernach erhellt von selbst, dass es den freien Arbeitern in Rom, die keinen Grundbesitz hatten, mit der Ausdehnung der Arbeitsgliederung und des Verkehrs immer leichter werden musste, sich einen auf der Billigkeit beruhenden Lohn für die Arbeit zu erkämpfen, je bedürfnissreicher der Stand der römischen Grundherren war. Da sie durch ihre Sklaven für sich und für Andere nicht mehr in gleicher Güte und zu gleichem Preise produciren konnten, waren sie auf die freie Arbeit angewiesen. Damit wurde bei der Herstellung der Güter die Arbeit mit dem Besitz zu ebenbürtigem Range, und folgeweise der Lohn für die Arbeit von den Kosten des Products oder dem nothwendigen Unterhalt auf den Betrag des Aequivalents erhoben. Das Aequivalent bildet der durch die Erfahrung ermittelte Betrag des Lohnes, bei dem beide Theile zu ihrem Rechte kommen.⁵⁸⁾ Dieser Betrag ist das Erfahrungsproduct des ganzen Erwerbszweiges d. h. von Tausenden von Individuen, die dasselbe Rechenexempel angestellt haben und fortwährend anstellen.⁵⁹⁾ Der Erwerbszweig ermittelt das Aequivalent und sichert die Innehaltung desselben; er ist des-

⁵⁷⁾ Roscher a. a. O. § 71.

⁵⁸⁾ v. Ihering, Zweck im Recht S. 142.

⁵⁹⁾ v. Ihering a. a. O. S. 160.

halb der Regulator des Lohnes.⁶⁰⁾ Die Idee der Realisirung des Aequivalents ist die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit auf dem Gebiete des Verkehrslebens.⁶¹⁾

Den Grundsatz des Aequivalents in allen Verhältnissen möglichst zur Geltung zu bringen, ist daher eine der höchsten Aufgaben im Verkehrsleben: denn Gerechtigkeit ist nichts anderes als das, was Allen passt, wobei Alle bestehen können.⁶²⁾ Gegen diesen Grundsatz versündigte sich Capito und seine Schule, wenn sie in dem Kampf um das Recht der Arbeit bei der Specification in his, quae eis tradita fuerant, perseverabant,⁶³⁾ wenn sie auch der freien Arbeit gegenüber für den aus der Sklaverei hervorgegangenen Grundsatz eintraten: die Früchte der Arbeit sind Früchte des Besitzes, und der Arbeitslohn besteht in den Kosten des Arbeitsproductes, quia nulla species sine materia effici potest. Diese juristische Begründung war nicht die Quelle der sabinianischen Theorie, sondern nur der Versuch, den practischen Grund, dem sie ihre Entstehung verdankte, aus dem positiven Recht zu rechtfertigen durch seine Anwendung auf die natürliche Thatsache der Specification. Diesen practischen Grund bildete die Bereicherung des Besitzes auf Kosten der Arbeit durch Vor-

⁶⁰⁾ v. Ihering a. a. O. S. 159—161.

⁶¹⁾ v. Ihering a. a. O. S. 142.

⁶²⁾ v. Ihering a. a. O. S. 142.

⁶³⁾ l. 2 § 47 D. de O. I. [1, 2].

enthaltung des Aequivalents. Das entsprach der bisherigen Verkehrsmaschine, die auf Gewinn ohne Arbeit und auf Arbeit ohne Arbeitsfrucht gestellt war.

So lange in der Hauptsache noch die Einheit der Rohproduction und der Fabrication fort dauerte, und so lange die freien Arbeiter nur Fabricate machten, wie sie auch die Grundherren in ihren städtischen Fabriken herstellen liessen, erreichte die sabinianische Theorie ihren Zweck, so oft sie in den Gerichten den Sieg über die proculianische Theorie davon trug. Als aber auch die Grundherren anfangen, ihre Fabrication auf einen speciellen Zweig zu beschränken, oder die Fabrication ihrer Rohproducte ganz aufgaben, da führte die sabinianische Theorie zu practischen Consequenzen, die den von ihr beabsichtigten Gewinn ausschlossen. Wer Leinwand fabricirt, hat für diese eine Kundschaft,⁶⁰⁾ aber für die Hemden, die ein Anderer aus der Leinwand macht, fehlt ihm der Absatz. Und noch schlimmer steht es für den Landwirth, der nur den Rohstoff producirt, wenn er Eigenthümer der Hemden werden soll, die von der aus seinem Flachs fabricirten Leinwand hergestellt sind. Eine nova species, für die der Stoffeigenthümer keine Verwendung hat, ist auch um die Kosten des Products für ihn zu theuer.

⁶⁰⁾ Roscher a. a. O. § 59.

Zweites Kapitel.

Die Theorie der Proculianer.

§ 5.

I. Juristische Begründung.

Die Proculianer gaben auf die Frage: *cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo suo nomine, quis eorum naturali ratione dominus sit?* folgende Entscheidung: *hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat.*¹⁾ Die juristische Begründung dieser Entscheidung in den letzten Worten ist so kurz, dass sie nur ihre Erklärung finden kann, wenn sie durch die von beiden Schulen anerkannten Erfordernisse der Specification ergänzt wird.

Es liegt nahe jene Worte mit der heute herrschenden Doctrin so zu verstehen: die Sache, welche aus einem fremden Stoff fabricirt ist, stand vorher noch in Niemandes Eigenthum; nur der Stoff hatte einen Eigenthümer, dieser verliert aber sein Eigenthum, weil der Stoff durch die

¹⁾ § 25 I. de R. D. [2, 1]. I. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1].

Verarbeitung zur *nova species* untergeht: deshalb ist die *nova species* im Moment, wo sie entsteht, eine *res nullius*, die durch Occupation in das Eigenthum des Specificanten kommen muss.

Diese Auslegung findet noch eine gewisse Unterstützung in den Gründen, durch welche bei einigen Specificationsfällen der Eigenthumserwerb des Specificanten von den römischen Juristen gerechtfertigt wird. Von dem, der aus fremden Brettern ein Schiff baut, sagen sie, das Schiff gehöre ihm, *quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.*²⁾ Und von der Fabrication von Arzneimitteln, von Salben und Pflastern aus fremden Stoffen heisst es: *nihil hic suum vere dicere potest prior dominus, quare potissimum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse.*³⁾

Allein, wenn man erwägt, dass man schon von einer zerstörten, verdorbenen oder deteriorirten Sache und jedenfalls von einer zufällig entstandenen *nova species* mit demselben Rechte wie von einer fabricirten sagen kann, dass sie als solche vorher noch in Niemandes Eigenthum stand, so bleibt darüber wohl kein Zweifel, dass die Proculianer in jener juristischen Begründung den Eigenthumserwerb des Specificanten nicht aus der Herrenlosigkeit der *nova species* herleiten wollten.

²⁾ l. 26 pr. D. de A. R. D. [41, 1].

³⁾ l. 27 § 1 D. eod.

Die Worte: *quia quod factum est, antea nullius fuerat* sagen nur: weil durch die Specification eine neue Sache entsteht, die vor derselben noch Niemandem gehört hat, weil dies die natürliche Beschaffenheit der Specification ist, so führt die Anwendung des geltenden Rechts auf diese That-sache *naturali ratione* zu dem Satze: *hunc dominum esse qui fecerit*. Dass die *nova species*, weil sie vor der Fabrication noch keinen Dominus hatte, durch die Fabrication eine *res nullius* geworden sei, die der Specificant durch Occupation erwerbe, das wird in jenen Worten nicht gesagt.

Soll die juristische Begründung der proculianischen Theorie verständlich werden, so muss man sich zunächst vergegenwärtigen, dass juristisch nur die Person ein Specificant ist, die redlich und rechtmässig aus fremdem Stoff eine *nova species* fabricirt; wer sie *mala fide* und *ex iniusta causa* fabricirt, ist kein Specificant, sondern ein Dieb. Supplirt man diesen Begriff des Specificanten, so lautet nun der Satz der Proculianer so: der Specificant muss Eigenthümer der *nova species* werden, weil nach dem geltenden Recht Derjenige, der durch seine Arbeit redlich und rechtmässig eine Sache macht, die noch keinen Dominus hatte, das Eigenthum an dieser Sache erwirbt. Die Worte: *quia quod factum est, antea nullius fuerat* enthalten also dieses Rechtsprincip, und dieses Rechtsprincip ist in der That im römischen Recht anerkannt.

Auf diesem Princip beruht der Fruchterwerb des b. f. possessor durch Separation. Als *fructus pendentes* sind die Früchte integrierende Theile der fruchttragenden Sache;⁴⁾ deshalb giebt es an ihnen kein Eigenthum. Mit der Separation kommen sie als jetzt erst entstandene neue⁵⁾ Sachen, die bisher noch keinen Dominus hatten (*antea nullius fuerant*), in das Eigenthum des Dominus der fruchttragenden Sache,⁶⁾ sofern sie nicht eine andere Person redlicher und rechtmässiger Weise durch ihre *cura et cultura* aus der fruchttragenden Sache erzeugt hat; hier erwirbt dieser b. f. possessor die *fructus separati* an Stelle des Dominus, nicht als *res nullius* und deshalb nicht durch Occupation, sondern durch die Separation, weil sie von ihm erzeugte Sachen sind, die noch keinen Dominus hatten.⁷⁾

Diesem Fruchterwerb des b. f. possessor stellten die Proculianer die Specification wegen der nahe liegenden Analogie gleich. Wie die Frucht aus der fruchttragenden Sache, so wird die *nova species* aus dem fremden Stoff (*ex ipso corpore*)⁸⁾ durch Arbeit unter dem Beistande der Naturkräfte erzeugt; und wie die separirte Frucht, so hatte auch die fabricirte *nova species* bisher noch keinen Dominus.

⁴⁾ l. 44 D. de R. V. [6, 1]. l. 40 D. de A. E. V. [19, 1]. Windscheid, Pand. § 144.

⁵⁾ l. 10 § 2 D. de usurp. [41, 3]..... *nec enim esse partum rei furtivae partem*. Windscheid a. a. O. Note 4.

⁶⁾ § 19 I. de R. D. [2, 1]. l. 2, 6 D. de A. R. D. [41, 1].

⁷⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1]. l. 25 § 1 D. de usur. [22, 1].

⁸⁾ l. 121 D. de V. S. [50, 16]. l. 25 § 1 D. de usur. [22, 1].

Deshalb muss, wie an den Früchten der *b. f. possessor* das Eigenthum erwirbt statt des *Dominus* der fruchttragenden Sache, so auch an der *nova species* der redliche und rechtmässige *Specificant* das Eigenthum erwerben an Stelle des *Stoffeigenthümers*, nicht durch *Occupation*, als ob sie eine *res nullius* wäre, sondern durch die *Fabrication*, weil sie eine von ihm erzeugte Sache ist, die noch keinen *Dominus* hatte.

Hiernach gelangten also die Proculianer zu ihrer Theorie auf dem Wege der juristischen Analogie.⁹⁾ Sie ermittelten das Rechtsprincip, auf welchem der Fruchtwerb des *b. f. possessor* beruht, und führten den Nachweis, dass auch die *Specification* nach ihrer natürlichen Beschaffenheit unter dieses Princip gestellt werden müsse, um den Satz der Sabinianer zu bekämpfen: *materiam et substantiam spectandam esse, quia nulla species sine materia effici potest*.

Dieses Rechtsprincip, welches für das Verständniss der römischen Juristen in den Worten: *quia quod factum est, antea nullius fuerat* deutlich genug ausgesprochen war, beruht nun aber selbst nicht auch wieder auf Rechtsprincipien, sondern statt auf juristischen, auf wirtschaftlichen Gründen. Der wirtschaftliche Grund für den Fruchtwerb des *b. f. possessor* ist nach der Ansicht

⁹⁾ Vergl. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 64.

der römischen Juristen seine *cura et cultura*; ¹⁰⁾ und der wirtschaftliche Grund für den Eigenthumserwerb des Specificanten ist seine Arbeit (*opera*), mit der sich bei der Fabrication aus fremdem und eigenem Stoff noch ein zweiter Grund verbindet: *cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.* ¹¹⁾

Aus der bisherigen Ausführung ergibt sich, dass die heute herrschende s. g. Occupationstheorie dem römischen Recht völlig fremd ist. Die ihr gegenüber gestellte s. g. Arbeitstheorie, ¹²⁾ welche als den Grund für den Eigenthumserwerb des Specificanten seine Arbeit betrachtet, ist den römischen Juristen allerdings bekannt, aber diese Theorie ist keine juristische, sondern eine wirtschaftliche. Sie enthält den practischen Grund für die procu-
lianische Theorie, wie unten noch näher zu zeigen ist. Der juristische Grund für sie, der ihr die Deckung durch das geltende Recht geben sollte, ist das kurz gefasste Rechtsprincip: *quia quod factum est, antea nullius fuerat.*

§ 6.

II. Voraussetzungen und Wirkungen.

Die Voraussetzungen für die Anwendung der procu-
lianischen Theorie waren völlig identisch mit den Voraus-

¹⁰⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1].

¹¹⁾ § 25 I. eod.

¹²⁾ Vergl. die Hauptvertreter beider Theorien bei Windscheid, Pand. § 187 Note 2.

setzungen der sabinianischen Theorie (§ 2). Nach diesen ihren Voraussetzungen und nach ihrer juristischen Begründung bestimmte ihre Wirkungen die *regula iuris: bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*¹⁾ Diese Regel war ursprünglich für den Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* ausschliesslich massgebend, sie musste deshalb auch auf den Eigenthumserwerb des *Specificanten* zur Anwendung kommen.

Julianus und Gaius, als Sabinianer die Träger der traditionellen Jurisprudenz, lehrten noch: *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*²⁾, und *fructus statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris.*³⁾ Der rechtmässige und redliche Besitzer einer fruchttragenden Sache erwirbt die Früchte durch Separation wie ein Eigenthümer und deshalb an Stelle des Eigenthümers *pleno iure* d. h. ohne jede Beschränkung und Verpflichtung, insbesondere auch ohne die Verpflichtung die *fructus exstantes* zu restituiren, wenn der Dominus die fruchttragende Sache vindicirt. Diese Verpflichtung wurde erst von Zeitgenossen des Gaius als billig und wirthschaftlich nothwendig⁴⁾ erkannt, und demgemäss erst von ihnen z. B. von Africanus der Satz auf-

¹⁾ l. 136 D. de R. I. [50, 17].

²⁾ l. 25 § 1 D. de usur. [22, 1] *Julian. l. 7 dig.*

³⁾ l. 28 pr. D. eod. *Gaius l. 2 rer. cott.*

⁴⁾ Vergl. Köppen, Fruchterwerb des b. f. possessor S. 49.

gestellt: *fructus consumptos suos facit bona fide possessor.*⁵⁾
 Daher sagte man denn auch nach der Reception dieses Satzes nicht mehr, dass der b. f. possessor in percipiendis fructibus das ius habe, quod domino tributum est, sondern: b. f. possessor non dubie percipiendo fructus ex aliena re suos *interim* facit quia quod ad fructus attinet, loco domini *paene* est.⁶⁾

Hiernach kann es nicht wohl zweifelhaft sein, dass der Fruchterwerb des b. f. possessor zur Zeit des Labeo und seiner Schüler des Nerva und Proculus noch keiner Beschränkung irgend einer Art unterlag, dass vielmehr der b. f. possessor auf Grund seines redlichen und rechtmässigen Besitzes den Eigenthümer vom Fruchterwerb ausschloss, ohne ihm auf Rückübertragung des Eigenthums oder auf Herausgabe der Bereicherung obligirt zu werden. Wer den rechtmässigen und redlichen Besitz einer fruchttragenden Sache hat, zieht wie ein Eigenthümer rechtmässiger Weise die Früchte, die nach dem Naturgesetz aus der Substanz der Sache als neue Sachen, die bisher noch Niemandem gehörten, hervorgehen. Deshalb muss er nach der natürlichen Beschaffenheit seines Verhältnisses zu der fruchttragenden Sache (*naturali ratione*), statt der Forderung auf Ersatz seiner Productionskosten nach den Grundsätzen der Impensen (*pro cura et cultura*), das

⁵⁾ l. 40 D. de A. R. D. [41, 1] *African. l. 7 quaest.*

⁶⁾ l. 48 pr. D. eod. *Paul. l. 7 ad Plaut.*

Eigenthum an den Früchten erwerben⁷⁾ und von jeder Restitutionspflicht frei sein. Denn die Bereicherung, welche ihm durch diesen Erwerb zugeht, erfolgt weder sine causa noch ex iniusta causa, da er den Besitz der fruchttragenden Sache iusto titulo erworben hat und ihm das Hinderniss des Eigenthumserwerbs in der Person seines Auctors nicht imputirt werden kann, weil er in bona fide ist. Deshalb darf dem Dominus der fruchttragenden Sache auch keine condictio sine causa auf die Früchte gegen den b. f. possessor zustehen:⁸⁾ bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas.⁹⁾

Es ergibt sich hieraus von selbst, wie die proculianische Theorie den Eigenthumserwerb des Specificanten nach Analogie des Fruchterwerbs behandelt wissen wollte. Wie der bonae fidei possessor an den Früchten, so sollte auch der rechtmässige und redliche Specificant an der nova species, die wie die fructus eine aus der Substanz einer andern Sache erzeugte Accession war,¹⁰⁾ statt seines Anspruchs auf Ersatz der Productionskosten nach den Grundsätzen

⁷⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1] naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. Vergl. Köppen a. a. O. S. 48.

⁸⁾ l. 1 § 3 D. de cond. sine causa [12, 7]. l. 25 i. f. D. de act. rer. am. [25, 2].

⁹⁾ § 5 I. de R. D. [2, 1] Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est.

¹⁰⁾ Vergl. Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 113: „Die neue Sache ist gewissermassen eine Frucht der alten Sache.“

der Impensen, das Eigenthum erwerben und von jeder Restitutionspflicht frei sein. Der *iustus titulus* und die *bona fides* schlossen nothwendig auch hier die *condictio sine causa* auf Herausgabe der Bereicherung aus. Deshalb weiss denn auch Gaius II, 79¹¹⁾ nur von einer *condictio furtiva* des Stoffeigenthümers gegen den diebischen *Specificanten* zu berichten, der die *nova species* nicht erwirbt.¹²⁾

Nach dieser Auffassung musste die *Specification* überall dieselbe Wirkung haben, mochte die *nova species* bloss aus Einem oder aus mehr als Einem Stück, mochte sie bloss aus fremdem oder aus fremdem und eigenem Stoff fabricirt sein. Da sie als eine Sache betrachtet wird, die bisher noch Niemandem gehörte, so kann es nicht von Einfluss sein, ob die zur *nova species* verbundenen Sachen in einem subordinirten oder in einem coordinirten Verhältniss stehen, und ob die Verbindung eine lösbare oder unlösbare ist. Wer bei der Fabrication einer Statue den Fuss oder Arm aus eigenem, den übrigen Theil aus fremdem Silber macht, wird nach der *proculianischen* Theorie

¹¹⁾ Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere.

¹²⁾ Gegen Windscheid, Pand. § 187 Note 6, § 422 Note 2 und in seinem Programm: Zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1878) S. 16 ff., der auch gegen einen redlichen *Specificanten ex vero titulo* eine *condictio* auf Herausgabe der Bereicherung für zulässig hält, vergl. v. Ihering in seinen Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 249 ff.

Eigenthümer der Statue, und ebenso erwirbt nach ihr der Specificant das Eigenthum an dem Gefäss, welches er aus dem Blei und Silber oder aus dem Erz und Gold verschiedener Eigenthümer hergestellt hat. Ueberall fällt ihm der Stoff ohne Entschädigung des Dominus zu; sein Auctor ist daher dem Evictionsregress nicht ausgesetzt. Die Specification wirkt nach der proculianischen Theorie wie die Usucapion.

§ 7.

III. Practische Gründe und practische Consequenzen.

Als sich zu Ende der Republik aus den früher entwickelten Gründen (§ 4) die Fabrication von der Rohproduction zu scheiden begann, um auf eigene Rechnung zu arbeiten,¹⁾ forderte der Productionsprocess Geld. Die Rohproducte mussten jetzt durch Verkauf und Kauf den Besitzer wechseln, um durch den Handwerker und Gewerbetreibenden in neue Güter umgewandelt zu werden.

Damit vollzog sich bei den Römern der Uebergang von der Natural- zur Geldwirthschaft.²⁾ Er führte zur proculianischen Theorie.

¹⁾ Vergl. Marquardt a. a. O. II S. 5 ff., S. 113 ff., S. 186 ff.

²⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 8 S. 387 ff., S. 400, S. 406. Vergl. Adolf Wagner, Lehrbuch der politischen Oekonomie I S. 192, Roscher a. a. O. § 117 Note 10.

Bei dem Betriebe einer Fabrication für fremden Bedarf auf eigene Rechnung berechnet der Unternehmer einerseits, was ihm die Herstellung des Artikels, den er erzeugen will, kosten wird, d. h. wie viel Kapital er braucht und wie viel der Lohn für die erforderlichen Arbeitskräfte mit Einschluss seiner eigenen beträgt, andererseits, wie theuer und in welchem Umfange er seine Artikel verkaufen kann. Findet er, dass der muthmassliche Erlös nicht bloss die sämmtlichen Auslagen (die Verzinsung und die Amortisirung des Kapitals und die Arbeitslöhne) vollständig deckt, sondern noch einen Ueberschuss ergiebt, der ihm den s. g. Unternehmergewinn für das technische und wirthschaftliche Risiko der Production³⁾ und für seine persönliche Thätigkeit gewährt, so existiren die Voraussetzungen für die Herstellung seiner Artikel: denn die Differenz zwischen den Herstellungskosten und dem Preise dieser Artikel stellt ihm das Aequivalent für seine Arbeit in Aussicht.

Wer eine solche Berechnung zum Zweck eines Fabricationsunternehmens macht, muss natürlich, da zur Fabrication Kapital und Arbeit erforderlich sind, über diese beiden Fabricationsfactoren verfügen können. Ohne die Stoffe zu erwerben, aus welchen er die Fabricate macht, kann er

³⁾ Jeder, der producirt, riskirt, dass ihm die Production technisch misslingt, und dass sie ihm wirthschaftlich misslingt, d. h. dass er seine Artikel, auch wenn sie technisch vollkommen sind, nicht oder nicht preiswürdig verkaufen kann; vergl. Kleinwächter a. a. O. S. 183 ff.

aus den Fabricaten kein Einkommen erwerben. Der Erwerb der Stoffe ist aber in doppelter Weise möglich. Sie gehören zum Vermögen des Fabricanten nicht bloss, wenn er das Eigenthum an ihnen erworben hat, sondern auch wenn sie in Folge eines entschuldbaren Irrthums über das Eigenthum seines Auctors nur in seine *bonae fidei possessio* gekommen sind.⁴⁾ Deshalb fabricirt auch der *b. f. possessor* des Stoffs mit eigenem Vermögen. Es existiren auch in seiner Person die beiden Factoren der Güterproduction: die Arbeit und das durch frühere Arbeit ersparte Kapital,⁵⁾ denn er hat den Stoff mit seinem Vermögen eingetauscht und war frei von Schuld,⁶⁾ wenn er statt des Eigenthums nur die *bonae fidei possessio* des Stoffs erwarb. Das Fabricat des *b. f. possessor* ist daher ausschliesslich das Product seiner Arbeit und eines angesammelten Arbeitsertrages, der ihm gehörte. Es enthält nichts von dem

⁴⁾ l. 49 D. de V. S. [50, 16] in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur.

⁵⁾ Roscher a. a. O. § 42: „Kapital heisst jedes Product, welches zu fernerer Production aufbewahrt wird.“ J. St. Mill a. a. O. S. 58: „Ein anderes Erforderniss der Production ist ein vorgängig angesammelter Vorrath von Erzeugnissen früherer Arbeit. Dieser angesammelte Vorrath von Arbeitsertrag heisst Kapital.“

⁶⁾ Zur *bona fides* gehört ihrem Begriff nach der auf redlicher Ueberlegung beruhende und deshalb entschuldbare Glaube von der Rechtmässigkeit eines Erwerbes; vergl. Bruns, Das Wesen der *bona fides* bei der Ersitzung (1872) S. 88 ff. gegen Wächter, Die *bona fides* insbesondere bei der Ersitzung (1871), der die Ansicht vertritt, zur *bona fides* gehöre nur der rein factische Glaube von der Rechtmässigkeit eines Erwerbes.

Vermögen des Stoffeigenthümers, weil der Stoff mit dem Kapital des Fabricanten erworben ist. Alles Kapital befindet sich seiner Bestimmung gemäss durch Verzehung und Wiedererzeugung in einem ununterbrochenen Formenwechsel: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii.*⁷⁾

Hiernach gebührt dem gutgläubigen und rechtmässigen Fabricanten das Aequivalent für seine Arbeit und folgeweise das Eigenthum seines Fabricats, damit er dasselbe absetzen und sich durch den Preis das Aequivalent verschaffen kann, und hiernach darf sich auch mit diesem Eigenthumserwerb keine Entschädigungsflcht des Fabricanten gegen den Stoffeigenthümer verbinden. Er begeht kein Unrecht gegen diesen, wenn er *bona fide* den Stoff von einem Nichteigenthümer kauft, und ebensowenig wenn er ihn *bona fide* zu einer neuen Sache verarbeitet. Er vernichtet zwar durch seine Fabrication die Sache (*res extincta est*) und entzieht damit dem Stoffeigenthümer die *rei vindicatio* (*quia res extinctae vindicari non possunt*), und er bereichert sich auch eventuell durch seine Fabrication um die Differenz zwischen den Herstellungskosten und dem Preise, aber jene Vernichtung ist kein Unrecht, weil seine *bona fides* die *culpa* ausschliesst, und diese Bereicherung ist kein *lucrum ex re d. h.* durch den Stoff, weil er den Preis für den Stoff bezahlt hat. Sie ist nur ein *lucrum ex negotiatione d. h.* aus

⁷⁾ Roscher a. a. O. § 42 a. E.

seinem Geschäft als Fabricant: aus seiner Waarenkunde, aus seiner Geschicklichkeit, aus seiner Umsicht und Geschäftskenntniss, welche ihm seine Kundschaft sichern, mit einem Wort aus seiner Arbeit.⁸⁾ Durch seine Arbeit bildet er mit seinem Kapital aus dem Stoff eine neue Sache mit neuer Brauchlichkeit und neuem Werth, die vorher noch keinen Dominus hatte, in derselben Weise wie der b. f. possessor einer fruchttragenden Sache aus dieser mit seinem Kapital und durch seine cura et cultura in der Frucht eine neue Sache erzeugt. Deshalb muss beiden auch der Ertrag ihrer Arbeit gehören.

Wer möchte noch arbeiten und zur ferneren Production Ersparnisse machen, wenn der Arbeiter fürchten muss, dass ihm die Früchte seiner Arbeit auch aus gutgläubig und rechtmässig erworbenem Stoff entzogen werden, quia nulla species sine materia effici potest?⁹⁾ Dieser Grund der sabinianischen Theorie trifft nur für Neugestaltungen des Grund und Bodens zu. Hier hat die Natur einen grösseren Antheil an der Production als die menschliche Arbeit. Deshalb muss für sie der Satz gelten: die area ist die maxima pars, cui superficies cedit.¹⁰⁾ Sie sind Accessionen,

⁸⁾ Ueber den Gegensatz des *lucrum ex re* und *ex negotiatione* vergl. l. 21 D. de hered. vend. [18, 4] und die Erörterung dieser Stelle von Ihering in seinen Abhandlungen aus dem röm. Recht (1844) S. 31 ff. und in seinen Jahrb. für Dogm. Bd. 16 S. 280 ff.

⁹⁾ Roscher a. a. O. § 77. Kleinwächter a. a. O. S. 166 a. E.

¹⁰⁾ Vergl. § 2 Seite 55.

die von aussen zu dem Grund und Boden hinzukommen, weil der Mensch den Grund und Boden nicht schaffen kann. Dagegen die Specification und die Fruchtziehung produciren Accessionen aus einer andern Sache. Bei ihren Erzeugnissen bildet den Hauptfactor der Production die menschliche Arbeit, denn die Arbeit ist es, welche durch ihre Einwirkung auf den Stoff die Kräfte der Natur in die zur Production erforderliche Richtung leitet, und die Arbeit ist es, welche dem Stoff seine Brauchlichkeit und dadurch seinen Werth giebt: *rerum pretium non in substantia, sed in arte positum est; plerumque plus est in manus pretio, quam in re.*¹¹⁾ Es ist die Hand, welche beim Pflanzenbau den Schatz der Pflanzennahrung aus dem Boden heraushebt,¹²⁾ es ist die Hand, welche aus dem Flachs das Leinen webt und den Baum in Bretter zertheilt, indem sie die Naturkräfte in die dazu erforderliche Richtung bringt.¹³⁾ Specification und Fruchtziehung schaffen also ihre Erzeugnisse durch Arbeit. Deshalb bildet in diesen Erzeugnissen den fundamentalen Bestandtheil nicht ihr Stoff, sondern die Form, welche die Arbeit dem Stoff gegeben hat.¹⁴⁾ Demgemäss muss die Form den Stoff an sich ziehen und folgeweise der gutgläubige Specificant Eigenthümer der *nova species* werden, wie der gutgläubige

¹¹⁾ l. 13 § 1, l. 14 D. de V. S. [50, 16].

¹²⁾ Roscher a. a. O. § 35.

¹³⁾ J. St. Mill a. a. O. S. 26.

¹⁴⁾ Vergl. Einleitung Seite 18.

Besitzer einer fruchttragenden Sache Eigenthümer der Früchte.

Dies sind die practischen Erwägungen, auf welchen die proculianische Theorie und ihre juristische Begründung beruhen.

Vergegenwärtigt man sich die practischen Consequenzen dieser Theorie, so liegt zunächst zu Tage, dass nach ihr der Stoffeigenthümer einen Schaden erleidet, der zwar nicht durch ein Unrecht des Specificanten entsteht, der aber unbillig ist, weil er den Auctor des Specificanten treffen müsste. Indem die Specification die rei vindicatio des Stoffeigenthümers gegen den Specificanten ausschliesst, befreit sie den Auctor des Specificanten, der sonst für die Eviction des gekauften Stoffs zu haften haben würde, von dieser Haftung auf Kosten des Stoffeigenthümers. Das ist gegen die ratio aequitatis. Diese fordert, dass der dominus materiae nicht in damno versirt,¹⁵⁾ weil er frei von culpa ist. Er steht weder zu dem Specificanten noch zu dem Auctor desselben in irgend einem Rechtsverhältniss, in welchem er sich einen Mangel an Diligenz zu Schulden kommen lassen könnte. Die proculianische Theorie führte also zu einem *lucrum ex aliena iactura* wie die sabinianische Theorie: diese bereicherte den Stoffeigenthümer auf Kosten des Specificanten (S. 101), jene den Specificanten auf Kosten des Stoffeigenthümers.

¹⁵⁾ Vergl. l. 44 § 2 D. de neg. gest. [3, 5]. l. 8 i. f. D. de nox. act. [9, 4].

Die proculianische Theorie stellte ferner wie die sabinianische Specificationen mit definitiver und mit bloss temporärer Consumption des Stoffs einander gleich. Deshalb schloss auch sie noch eine andere Unbilligkeit in sich. Nach der sabinianischen Theorie wurde der dominus materiae Eigenthümer der neuen Sache gegen Ersatz der Impensen; dadurch kam er bei einer s. g. nichtrückführbaren Specification in Schaden, wenn er für die Sache keine Verwendung hatte und sie aus diesem Grunde selbst um den Kostenpreis für ihn zu theuer war (S. 125). Die proculianische Theorie entzog dem dominus materiae den Stoff ohne jeden Ersatz und damit bei einer s. g. rückführbaren Specification zugleich die Möglichkeit, ihn von Neuem zur Production zu benutzen, um ihm durch eine höhere Brauchlichkeit einen höheren Werth zu geben.

Drittes Kapitel.

Die media sententia.

§ 8.

I. Juristische Begründung.

Der Satz der media sententia: si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit,¹⁾ beruhte, wie sich aus der bisherigen Ausführung ergibt, auf folgender Argumentation. Den Gegenstand des Eigenthums, das, was dem Eigenthümer kraft seines Eigenthums gehört (suum est), ist das corpus d. i. die körperliche Substanz der Sache (substantia), ihr Stoff (materia), nicht die species, welche der Stoff durch seine Form bildet.²⁾ Bei der Specification kommt deshalb in Betracht, ob die nova species bloss eine nova res oder zugleich ein novum corpus ist.

Nach den Gesetzen der Natur kann zwar der Mensch einen Stoff weder schaffen noch vernichten, aber nach den

¹⁾ I. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1].

²⁾ Vergl. § 1 Note 15.

Gesetzen der Volkswirtschaft, die für das objective Recht massgebend sein müssen,³⁾ kann die menschliche Arbeit auch neue Stoffe hervorbringen: sie kann den Naturstoffen einerseits durch Consumption Eigenschaften, die ihre eigenthümliche Brauchlichkeit bedingen, entziehen, und andererseits durch Incorporation neue Eigenschaften verleihen, die ihnen eine neue eigenthümliche Brauchlichkeit geben. Nach der verschiedenen natürlichen Beschaffenheit der Stoffe ist aber diese Consumption und Incorporation bald nur eine temporäre, *quia species ad materiam reverti potest*, bald eine definitive, *quia non potest reverti*. Im ersten Falle *corpus* manet, *forma tantum mutata est*,⁴⁾ oder was dasselbe, *materia* manet, *species dumtaxat mutata est*,⁵⁾ ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest;⁶⁾ hier ist aus diesem Grunde die neue Form eine Accession, die nur von aussen zu dem Stoff hinzukommt, deshalb muss hier die *nova species* dem gehören, dem der Stoff gehört: *verius est, quod Sabinus et Cassius senserunt, materiam et substantiam spectandam*

³⁾ Wirth, a. a. O. I S. 433: „Die Gesetze der Volkswirtschaft haben eine tiefere Begründung als die Gesetze der Legislation; diese müssen sich auf die Dauer nach jenen, nicht jene nach diesen richten, vorausgesetzt immer, dass man die Gesundheit im Volksorganismus befördern will, denn es könnte auch eine Krankheit zum Gesetz gestempelt werden.“

⁴⁾ l. 13 § 1 D. de V. S. [50, 16].

⁵⁾ l. 24 D. de A. R. D. [41, 1]. Vergl. § 1 Note 11—13.

⁶⁾ l. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1].

esse, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse.⁷⁾ Im zweiten Fall dagegen entsteht ein *novum corpus*: id, quod factum est, antea nullius fuerat. So bei der Fabrication von *vinum et oleum*, die *ad uvas et olivas reverti non possunt*,⁸⁾ so bei der Fabrication eines Schiffes oder Kleides, *quia cupressus non manet, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fit*,⁹⁾ so bei der Fabrication von *mulsum et electrum*, durch welche eine *novi corporis species*¹⁰⁾ entsteht, und so z. B. auch bei der Fabrication eines *medicamentum*, weil *nihil hic suum vere dicere potest prior dominus*.¹¹⁾ Wo wie hier die Specification den Stoff definitiv consumirt, ist aus diesem Grunde die *nova species* eine *Accession*, die aus dem Stoff (*ex ipso corpore*) geschaffen wird, wie die Frucht aus der fruchttragenden Sache, deshalb muss hier der Specificant Eigenthümer der *nova species* werden: *verius est, quod Nervae et Proculo placuit, hunc dominum esse qui fecerit*.

Hiernach müssen beide Theorien neben einander Geltung haben: für die s. g. rückführbare Specification die *sabinianische*, welche die Specification unter die Grundsätze über den Eigenthumserwerb durch Verbindung

⁷⁾ *Gaius* II, 79.

⁸⁾ I. 7 § 7 D. de A. R. D. [41, 1].

⁹⁾ I. 26 D. de A. R. D. [41, 1].

¹⁰⁾ I. 7 § 8 D. eod.

¹¹⁾ I. 27 § 1 D. eod.

stellt, für die s. g. nichtrückführbare Specification die proculianische, welche auf die Specification die Grundsätze über den Fruchterwerb des b. f. possessor analog zur Anwendung bringt. Beide Theorien sind aber in ihrer ursprünglichen Gestalt mangelhaft, wie die Theorien über den Eigenthumserwerb durch Verbindung und über den Fruchterwerb des b. f. possessor, die ihre Grundlage bilden. Die sabinianische Theorie ist mangelhaft, weil sie den Anspruch des Specificanten auf den Ersatz seiner Impensen beschränkt in Uebereinstimmung mit dem alten Recht, welches dem Eigenthümer, der durch Accession seine Sache verliert, nur einen Impensenanspruch giebt. Die proculianische Theorie ist mangelhaft, weil sie in Uebereinstimmung mit dem alten Recht, welches dem b. f. possessor die fructus exstantes liess, auch dem Stoffeigenthümer keine Klage auf Rückgabe des Stoffs gegen den Specificanten giebt, die für diesen den Evictionsregress gegen seinen Auctor begründet. Und beide Theorien leiden an dem gemeinschaftlichen Mangel, dass sie den Begriff der nova species nicht nach wissenschaftlichen Erwägungen festgestellt haben.

Die Correctur, welche beide Theorien fordern, beschränkt sich deshalb nicht auf die Unterscheidung der rückführbaren und nichtrückführbaren Specification nach der verschiedenen Natur des Stoffs. Sie bedürfen auch im Einzelnen noch der Berichtigung nach dem Vorbilde

der immateriellen Production durch scriptura und pictura auf fremden Stoff. Bei der rückführbaren Specification muss der redliche und rechtmässige Specificant aus den oben erörterten Gründen statt seines bisherigen Impensenanspruchs einen nicht bloss durch exceptio, sondern auch durch actio geschützten Anspruch auf das pretium eius quod accesserit erhalten, wie ihn das spätere Recht beim Eigenthumserwerb durch Accession dem dominus für den Verlust der Nebensache gegeben hat.¹²⁾ Und bei der nicht-rückführbaren Specification muss der Stoffeigenthümer, wie der dominus tabularum gegen den Maler,¹³⁾ eine rei vindicatio utilis gegen den Specificanten auf Rückübertragung seines Eigenthums haben;¹⁴⁾ dann kann der Specificant seinen Auctor, der ihm das habere licere zu prästiren hat, wegen Eviction verklagen und der Stoffeigenthümer bleibt vor einem unbilligen Schaden bewahrt.¹⁵⁾ Das entspricht dem spätern Recht über den Fruchterwerb des b. f. possessor, welches die rei vindicatio des Eigenthümers der fruchttragenden Sache, um von diesem einen unbilligen Schaden abzuwenden, auf die fructus exstantes ausdehnte¹⁶⁾ und damit den b. f. possessor wegen des Ersatzes auf die Evictionsklage gegen seinen Auctor verwies. Dass sein

¹²⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1]. Vergl. Einleitung Note 33.

¹³⁾ Gaius II, 78. Vergl. Einleitung Note 43.

¹⁴⁾ l. 29 § 1, l. 30 D. de don i. v. e. u. [24, 1].

¹⁵⁾ Vergl. v. Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 16 S. 313 ff.

¹⁶⁾ § 35 I. de R. D. [2, 1].

Auctor und ebenso der Auctor des Specificanten dem Evictionsregress ausgesetzt werden, ist dem Recht gemäss. Die ursprünglichen Theorien, nach welchen dies nicht geschieht, sondern der Eigenthümer der fruchttragenden Sache die *fructus exstantes* und der Stoffeigenthümer seinen Stoff ohne Entschädigung verlieren, enthalten dagegen, wenn auch kein Unrecht, doch eine Unbilligkeit, die das Rechtsgefühl verletzt. Daher muss diese Unbilligkeit aus der proculianischen Theorie ausgeschieden werden. Endlich fordert die sichere Anwendung beider Theorien die Feststellung des Begriffs der *nova species* nach wirthschaftlichen Gesetzen, um Irrthümer auszuschliessen, wie sie sich die bisherige Jurisprudenz z. B. bei der Beurtheilung des Färbens und Dreschens zu Schulden kommen liess.

Von diesen Gesichtspunkten wurden die Vertreter der *media sententia* bei der juristischen Begründung ihrer neuen Specificationslehre geleitet. Demgemäss weicht die *media sententia* nicht bloss in ihren Voraussetzungen, sondern auch in ihren Wirkungen, sowie in ihren practischen Gründen und in ihren practischen Consequenzen wesentlich von der sabinianischen und von der proculianischen Theorie ab. In allen diesen Beziehungen erkannte und beseitigte sie die ursprünglichen Mängel beider Theorien, wie in den folgenden Paragraphen näher zu zeigen ist. Nur ein Punkt soll an dieser Stelle im Voraus erledigt werden, weil er eine längere Ausführung fordert,

die der spätern Darstellung besser vorausgeschickt als einverleibt wird.

Im römischen Formularprozess mit der *condemnatio pecuniaria* konnte bekanntlich die *rei vindicatio* in doppelter Weise angebracht werden: *per sponsionem* und *per formulam petitoriam* als *actio arbitraria*,¹⁷⁾ wo die Naturalrestitution nach den Umständen gerecht und billig erschien.¹⁸⁾ In beiden Fällen wurde zunächst durch eine *pronuntiatio* die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, die Sache *cum omni causa* zu restituieren, und in beiden Fällen stand es in der Willkür des Beklagten, ob er die *Aestimatio* oder die Sache leisten wollte. Leistete er die Sache bevor es zur Verurtheilung kam, so wandte er dadurch die Geldcondemnation von sich ab, und leistete er die Sache nicht, so wurde er in die *Aestimatio* verurtheilt.¹⁹⁾ Auch der *arbitratus iudicis* war ursprünglich nicht direct erzwingbar: kam der Beklagte der Aufforderung zur Naturalrestitution bis zum festgesetzten Termin nicht nach, so hatte das nur die nachtheilige Folge, dass der Kläger durch *iuramentum in litem* die Geldsumme bestimmte, in welche der Arbiter den Beklagten condemnirte.²⁰⁾ Bei diesem Rechts-

¹⁷⁾ Puchta, *Cursus der Instit.* II § 168.

¹⁸⁾ l. 4 § 1 D. de pec. const. [13, 4]. ... *aequitatem ante oculos habere debet iudex* ...

¹⁹⁾ v. Wächter, *Erörterung.* II S. 15 ff.

²⁰⁾ Puchta a. a. O. II § 166. v. Wächter a. a. O. S. 17 ff. v. Savigny, *System d. heut. röm. Rs.* B. V S. 122 ff.

zustande musste die sabinianische Specificationstheorie nothwendig oft zu dem oben erwähnten Ergebniss führen, dass der Stoffeigenthümer in der nova species eine Sache erhielt, für die er keine Verwendung hatte, weil der Specificant seine Verpflichtung freiwillig erfüllte, um der Geldcondemnation zu entgehen; andererseits konnte es trotz des iuramentum in litem auch wohl vorkommen, dass der Specificant sich in die Aestimation verurtheilen liess, wo das Interesse des Stoffeigenthümers wegen Rückführbarkeit des Stoffs die Naturalrestitution forderte.

Die Beschränkung der sabinianischen Theorie auf rückführbare Specificationen gewährte hier für sich allein dem Stoffeigenthümer keine volle Hülfe. Blieb es bei den bisherigen Vorschriften über den Schutz des Eigenthums, so hing es nach wie vor von dem Willen des Specificanten ab, ob er den dominus durch Naturalrestitution gegen den Preis der Arbeit, oder durch Leistung der Aestimation befriedigen wollte. Durch die Naturalrestitution, die bei der Fabrication aus lösbarem fremdem und eigenem Stoff das Arbeitsproduct zerstört, kommt der dominus in Schaden, wenn der Preis für die Arbeit zu hoch ist, weil ihm die Benutzung des Stoffs zu einer neuen Production keinen Vortheil in Aussicht stellt, und anderen Falls bringt ihn die Leistung der Aestimation in Schaden. Es hängt von den Umständen ab, ob und welchen Werth die Rückführbarkeit des Stoffs für den dominus hat, deshalb muss es

auch von den Umständen abhängen, wie der Specificant den dominus zu befriedigen hat.

In der späteren Zeit der classischen Juristen trat für die rei vindicatio der Satz in Geltung: qui restituere iussus iudici non paret, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.²¹⁾ Diese directe Erzwingbarkeit des arbitratus iudicis gab dem Eigenthümer ein Recht auf die Naturalrestitution, wo sie ex aequo et bono geboten ist, und folgeweise zugleich ein Recht auf die Aestimation, wo die aequitas diese fordert: das arbitrium iudicis entscheidet nach Billigkeit und Zweckmässigkeit, wie dem dominus aus der rei vindicatio Genüge zu leisten ist, nicht der Wille des Beklagten. Damit erhielt die media sententia die für die rückführbaren Specificationen nothwendige Ergänzung.

Bei dem gegenwärtigen Recht des Eigenthumsschutzes blieb es der Sache nach auch als die extraordinaria cognitio an die Stelle des Formularprocesses trat und das Princip, alle Ansprüche wenn möglich in natura durchzusetzen, die bisherige Condemnation und Execution in Geld verdrängte.²²⁾ Jetzt wurden alle actiones arbitrarie

²¹⁾ l. 68 D. de R. V. [6, 1]. v. Savigny a. a. O. S. 123 Note d hält die auf den directen Zwang bezüglichen Worte in dieser Stelle für eine Interpolation und nimmt an, dass der directe Zwang erst nach der Zeit der classischen Juristen eingetreten sei.

²²⁾ § 32 I. de act. [4, 6]. Puchta, Curs. d. Inst. II § 186.

Klagen, bei welchen *iudici permittitur ex aequo et bono secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*²³⁾ So lange in Geld condemnirt und exequirt werden musste, hatten sie den Zweck, *ex aequo et bono* die Naturalrestitution an den Kläger zu bewirken, ursprünglich durch indirecten, später durch directen Zwang; als aber in die Naturalrestitution condemnirt und exequirt werden sollte, wurde es bei ihnen in's richterliche Ermessen gestellt, *quemadmodum actori satisfieri oporteat*, ob durch Naturalrestitution oder durch die Aestimation.²⁴⁾

„In Bezug auf die rechtliche Verfolgung des Eigenthums,“ sagt v. Ihering,²⁵⁾ „verbinden die Römer zwei Wege: den der realen Verwirklichung desselben und den der Geldcondemnation. Dadurch, dass sie dem Richter die Möglichkeit gewähren, auf Realrestitution zu erkennen, aber ihm die Macht, sie zu erzwingen, versagen,²⁶⁾ sondern ihm im Fall der Nichtbefolgung jenes Gebots lediglich anweisen, den Beklagten in Geld zu verurtheilen d. h. zu

²³⁾ § 31 I. de act. [4, 6].

²⁴⁾ v. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 145 nimmt an, der § 31 I. l. c. sei gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben, weil er zu dem Grundsatz der *Naturalexecution* nicht passe. Vergl. auch v. Wächter a. a. O. S. 20.

²⁵⁾ Zweck im Recht, S. 515 ff.

²⁶⁾ So lange der *arbitratus iudicis* nur indirect erzwingbar war durch das *iuramentum in litem*, nicht *direct manu militari*; vergl. Note 20, 21.

expropriiren, haben sie der Verwirklichung des Eigenthums eine Elasticität gegeben, welche die mit der Unabwendlichkeit der Verwirklichung der starren Eigenthumsconsequenz gegebene Eigenthumsgefahr vollständig ausschliesst und den Richter in den Stand setzt, bei Abmessung der Geldsumme der Gerechtigkeit volles Genüge zu leisten — in meinen Augen einer der genialsten Gedanken des römischen Processes.“

„Von welchem practischen Werth die Möglichkeit dieser Geldcondemnation war, und zu welch haarsträubendem Resultate ein Eigenthumsverfahren führt, dem sie fehlt, davon möge der Leser sich an folgendem Fall überzeugen.“

„Es hat Jemand beim Bau eines Hauses die Grenze um einige Zoll überschritten. Nachdem das Haus steht, stellt der Nachbar, der ihn vielleicht absichtlich hat bauen lassen, die Eigenthumsklage (*actio negatoria*) an. Wie hat der Richter zu erkennen? Nach den Lehrbüchern des heutigen römischen Rechts auf das Zurücksetzen der Mauer d. i. Zerstörung des ganzen Hauses; der römische Richter aestimirt den Werth des Landstreifens und verurtheilt den Beklagten zur Zahlung dieser Summe d. h. er expropriirt den Landstreifen. Auf diese Weise ward das Haus gerettet und der Gegner bekam Ersatz. . . . Gewiss die verständigste Lösung des Problems. Mit der Ansicht (Jahrbücher VI. § 99), dass sie auch für das heutige Recht Geltung habe, stehe ich ganz allein. . . . Ich füge einen

zweiten Fall hinzu, der ebenfalls der Expropriation auf dem Gebiete des Privatrechts entnommen ist. Die „adiudicatio“ des römischen Theilungsrichters ist in anderer Sprache ausgedrückt nichts als Expropriation, das „adiudica“ der Formel hiess: „expropriare.“ Nach welchen Rücksichten hat der Richter dies zu thun? Nach Zweckmässigkeitsrücksichten.²⁷⁾ Bei der Usucapion heben die Römer selber den Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit als massgebenden hervor, das Interesse des Eigenthümers, sagen sie, habe hier dem der Gesellschaft zu weichen.“²⁸⁾

„Unter diesem Gesichtspunkt erlangt meines Erachtens auch die Accession erst ihr richtiges Verständniss. Ich habe einen fremden Baum in mein Grundstück gepflanzt, der Eigenthümer verlangt ihn zurück; habe ich ihn wieder herauszunehmen? Die Römer antworten: so lange er noch nicht Wurzeln geschlagen hat, Ja — wenn dies bereits geschehen ist, Nein. Warum? Der Jurist erwiedert: im zweiten Fall ist das Eigenthum bereits übergegangen, im ersten nicht. Es ist aber noch eine andere Antwort möglich, nämlich: im zweiten Falle geht der Baum darauf, im ersten nicht, und ich meine, das ist der wahre Grund. Es ist dieselbe Erwägung, der das obige²⁹⁾ Verbot der Vindi-

²⁷⁾ § 6 I. de off. iud. [4, 17]. l. 2 § 1 D. fin. reg. [10, 1]. l. 3 D. fam. ereisc. [10, 2]. l. 6 § 10, l. 7 § 1, l. 19 § 1, l. 21 D. com. div. [10, 3]. c. 1 C. ibid. [3, 37].

²⁸⁾ l. 1 D. de usurp. [41, 3].

²⁹⁾ a. a. O. S. 513 ff.

cation des verbauten Baumaterials und der chikanösen Ausübung des *ius tollendi* bei der *rei vindicatio* seinen Ursprung verdankt. . . . : es hat Jemand beim Bau seines Hauses im Fundament fremde Steine verwendet, die er für die seinigen hielt; nachdem der Bau fertig, meldet sich der Eigenthümer und vindicirt sie. . . . Wenn der Eigenthumsconsequenz freier Lauf gelassen werden sollte, so müsste der ganze Bau zerstört werden, um die Steine wieder herauszunehmen. . . . Nach römischem Recht spricht der Richter dem Kläger den doppelten Werth der Steine zu (*actio de tigno iuncto*); selbst wenn der Beklagte die Steine gestohlen hat, erkennt der Richter nicht auf Herausnahme, sondern auf erhöhten Geldbetrag. . . . Wird das Haus niedrigerissen, um die Steine herauszunehmen, so wird ein vorhandenes Arbeitsproduct völlig nutzlos zerstört — der Gesamtbetrag der Production mindert sich zum Schaden der Gesellschaft — und mit dem Hause geht vielleicht der Mann zu Grunde. Ist das Eigenthum lediglich des Eigenthümers wegen, so kann die Einbusse, welche die Gesellschaft erleidet, keinen Grund abgeben ihn zu beschränken; ist es zugleich der Gesellschaft wegen da, so muss das Recht die beiderseitigen Interessen zu vereinigen suchen und dies geschieht mittelst der Expropriation.“

Aus dieser Darstellung ergibt sich ohne weitere Ausführung von selbst, wie der römische Richter auf die rückführbare Specification die *media sententia* zur Anwendung

brachte. Er verurtheilte den Specificanten aus der rei vindicatio des Stoffeigenthümers nach Billigkeit und Zweckmässigkeit (ex aequo et bono) bei Specificationen aus Einem wie aus mehr als Einem Stück entweder auf die Naturalrestitution gegen den Preis der Arbeit, oder auf die Aestimatio d. h. er verurtheilte ihn auf den Werth des Stoffes und exproprierte damit das Eigenthum des Klägers. Dieses Verfahren schloss auch hier die nutzlose Zerstörung eines Arbeitsproductes aus.

Einen quellenmässigen Beleg für diese Befugniss des Richters giebt eine Codexstelle von Justinian, welche den Verkauf von Tempelgeräthen (*vasa vel vestem ceteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt*) verbietet und sich über den Fall, wo sie verkauft und eingeschmolzen bezw. verbraucht sind, in folgender Weise äussert:

c. 21 C. de sacros. eccles. [1, 2]

... Sin autem vel conflata sunt vel fuerint vel alio modo immutata vel dispersa, nihilominus vel ad ipsa corpora vel ad pretia eorum exactionem competere sive per in rem sive per conductionem sive per in factum actionem, cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissus.

Es werden hier³⁰⁾ drei Fälle unterschieden: 1. si conflata sunt, 2. vel alio modo immutata sunt d. h. wenn sie

³⁰⁾ Vergl. über diese Stelle auch v. Ihering, Jahrb. Bd. 16 S. 272 ff.

specificirt sind, 3. vel dispersa. Im ersten Fall liegt keine Specification vor, im zweiten eine rückführbare Specification; daher steht der Kirche in beiden Fällen nach allgemeinen Grundsätzen die rei vindicatio und gegen den Dieb auch die condictio furtiva zu. Bei beiden Klagen hat der Kläger die Wahl, ob er ad ipsa corpora vel ad ipsa pretia klagen will: bei der condictio furtiva nach positiver Vorschrift,⁸¹⁾ bei der rei vindicatio als einer actio arbitraria im Sinne des neuern römischen Rechts. Der dritte Fall (vel dispersa) bezieht sich auf vestes, die der Käufer bona fide verbraucht hat; hier steht der Kirche weder die rei vindicatio, noch die condictio furtiva, noch eine condictio sine causa zu, weil der Käufer ein titulirter Besitzer ist, sie hat aber eine actio in factum auf den Werth wie sie in andern Fällen eines *lucrum ex aliena iactura* zugelassen ist.⁸²⁾

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die actiones arbitrarie ihre Bedeutung in Folge des neuen Condemnations- und Executionsmodus der extraordinaria cognitio nicht verloren, und dass sie auch im justinianischen Recht praktische Geltung behalten haben. Es fragt sich deshalb nur noch, ob das römische Recht durch die Vorschriften des gemeinen Rechts einheimischen Ursprungs eine Veränderung erfahren hat.

⁸¹⁾ l. 3, 7, 8, 13 D. de cond. furt. [13, 1]. Vergl. oben § 2 Seite 47 ff.

⁸²⁾ Vergl. § 7 Note 15.

Nach dem J. R. A. von 1654 § 162 „hat der Kläger stets auf die eigentliche schuldige Leistung zu klagen und der Richter bei begründeter Klage auf die eigentliche schuldige Leistung zu verurtheilen, nicht auf ihren Werth und das Interesse, ausser der Gegenstand könnte nicht mehr geleistet werden und der Fall wäre der Art, dass der Beklagte dafür einzustehen hätte, oder der Kläger könnte sonst aus besondern Gründen eine Entschädigung in Geld verlangen, in welchen Fällen dann aber eben diese Geldforderung durchaus an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt und nun die eigentlich geschuldete Leistung bildet. In Beziehung auf die Execution eines solchen Urtheils blieb es bei Sachleistungen bei den Bestimmungen des justinianischen Rechts: bei der Wegnahme der Sache durch den Richter, wo sie möglich ist“. ³³⁾

An diesen Principien hat auch die neue Civilprocessordnung für das deutsche Reich festgehalten. Auch nach ihr ergeht die Verurtheilung immer gerade auf dasjenige, was der Kläger nach Massgabe des bürgerlichen Rechts zu fordern hat, sei es die Zahlung einer Geldsumme oder die Herausgabe oder Leistung von Sachen, sei es sonst irgend ein Thun oder ein Unterlassen; und auch nach ihr erfolgt die Execution des Urtheils bei Sachleistungen durch Wegnahme der Sache, wo sie möglich ist. ³⁴⁾

³³⁾ v. Wächter, Erörterungen II S. 26 ff.

³⁴⁾ R. C. P. O. § 769 ff. Vergl. Fitting, der Reichs-Civilprocess (4. Auflage) S. 212, S. 337.

Hiernach könnte man zu der Annahme geneigt sein, das einheimische Recht habe dem Princip der Realrestitution absolute Geltung gegeben: heute dürfe also der Richter den mit der rei vindicatio verklagten Besitzer nur auf Herausgabe der Sache, nicht auf die Aestimation verurtheilen. Allein bei näherer Erwägung wird man sich überzeugen müssen, dass die Frage, ob der Eigenthümer Zwecks rechtlicher Verfolgung seines Eigenthums bloss auf Restitution der Sache, so lange diese möglich ist, oder nach Umständen auch auf die Aestimation klagen könne, keine processualische, sondern eine Frage des materiellen Rechts ist.

Der Sponsionsklage und der formula petitoria mit dem *arbitratus iudicis*, durch welche der Vindicationsprocess angebracht werden musste, entsprachen zwei Eigenthumsansprüche des Dominus auf Satisfaction gegen den, der durch den Besitz der Sache die Verwirklichung seines Eigenthums hindert: einerseits der Anspruch auf den Werth der Sache nach Schätzung des Richters unter der Bedingung, dass der Besitzer die Sache nicht freiwillig leistet, andererseits der Anspruch auf den Werth der Sache nach eigener Schätzung durch *iuramentum in litem* unter der Bedingung, dass der Besitzer dem *arbitratus iudicis* nicht nachkommt. Diese beiden bedingten Ansprüche bildeten den Inhalt des *ius vindicandi*, welches als das s. g. Klagerecht (*agendi potestas*) identisch ist mit dem Recht des Eigen-

thums:³⁵⁾ denn das Recht zur Geltendmachung d. i. zur Verwirklichung eines Rechts ist das Recht selbst.³⁶⁾ Die Vorschriften über die Anstellung der rei vindicatio per sponsionem und per formulam petitoriam sind daher nur soweit processualische als sie die Form der gerichtlichen Verfolgung bestimmen, die verfolgten Ansprüche selbst sind als Eigenthumsansprüche privatrechtliche.

Mit der directen Erzwingbarkeit des arbitratus iudicis wurden die beiden Ansprüche aus dem ius vindicandi unbedingte, die nur noch unter dem richterlichen Ermessen stehen. Dies blieben sie nach der früheren Ausführung auch im neuesten römischen Recht. Der Besitzer kann jetzt seine Verurtheilung in die Aestimation nicht mehr durch Leistung der Sache abwenden, der Dominus kann die Annahme der Sache verweigern; es entscheidet der Richter secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Dieser privatrechtliche Inhalt des ius vindicandi hat weder durch den I. R. A. noch durch die R. C. P. O. irgend eine Aenderung erfahren. Nach beiden muss die Verurtheilung und die Execution auf das gehen, was der Kläger nach Massgabe des bürgerlichen Rechts zu fordern hat.

³⁵⁾ l. 49 D. de R. V. [6, 1]. Meum est ... cuius vindicandi ius habeo. *Gaius* II, 194 — vindicare ... id est intendere rem suam ex i. Q. esse. *Gaius* II, 96.

³⁶⁾ Brinz, *Lehrb. d. Pand.* § 92.

Deshalb hat heute der gemeinrechtliche Richter bei den Eigenthumsklagen nach denselben Grundsätzen wie der römische Richter auf die Naturalrestitution zu erkennen, oder zu expropriiren und auf die Aestimation zu erkennen: denn das gemeinrechtliche Eigenthum hat denselben Inhalt wie das Eigenthum nach justinianischem Recht.

§ 9.

II. Voraussetzungen.

Die s. g. Specification, welche die media sententia voraussetzt, fällt nach der bisherigen Darstellung unter den modernen Begriff der materiellen Production d. i. der Erzeugung von Sachgütern. Sie gehört zu derjenigen Art der materiellen Production, welche heute als gewerbliche Arbeit oder gewerbliche Production bezeichnet wird. Ihren Gegenstand bildet die Bearbeitung von Stoffen zu dem Zweck aus ihnen durch Verbindung, Trennung oder sonstige Formveränderung neue Güter von höherem Werth zu schaffen.¹⁾ Sie begreift deshalb die Production des Fabricanten wie des Handwerkers.²⁾ Bei beiden ist sie durch vier Erfordernisse bedingt, die hier nach der früheren ausführlichen Erörterung (§ 2) nur noch übersichtlich zusammenzufassen sind.

¹⁾ Kleinwächter a. a. O. S. 163.

²⁾ Schönberg a. a. O. S. 788 ff. S. 792 ff.

1. Das erste Erforderniss der Specification ist Arbeit im wirtschaftlichen Sinne (*opera*): eine erlaubte, auf Werthschaffung gerichtete Thätigkeit Zwecks Befriedigung menschlicher Bedürfnisse. Die unredliche und unrechtmässige Bearbeitung eines Stoffs und seine Bearbeitung bloss zum Zweck der Werthvernichtung schliessen den juristischen wie den ökonomischen Begriff der Specification aus, mögen auch ihre sonstigen Erfordernisse vorliegen. Dagegen eine Wertherhöhung des Stoffs durch die Bearbeitung setzt der Begriff der Specification nicht voraus,³⁾ weil sich mit jeder Production das Risiko des technischen Misslingens verbindet.⁴⁾

2. Das zweite Erforderniss der Specification ist ein Stoff (*materia*), an welchem sich die Arbeit vollziehen kann. Als Gegenstand der gewerblichen Arbeit ist das Vorhandensein eines Stoffs eine ökonomische und folgeweise auch eine juristische Voraussetzung der Specification. Die Hervorbringung eines Stoffs fällt daher niemals unter den Begriff der Specification, weil sie in der Bearbeitung eines Stoffs besteht.⁵⁾ Der für die Specification erforderliche Stoff muss ein fremder (*aliena materia*) oder wenigstens zum Theil ein fremder sein (*partim aliena*). Auf die Bearbeitung von ausschliesslich eigenem Stoff findet die Specifications-

³⁾ Vergl. § 2 Seite 88.

⁴⁾ Vergl. § 7 Seite 138.

⁵⁾ Vergl. § 2 Seite 59 ff.

lehre keine Anwendung.⁶⁾ Zu den Stoffen zählen nur bewegliche Sachen und nur solche bewegliche Sachen, die unmittelbare Produktionsmittel sind d. h. die unmittelbar zur Sacherzeugung benutzt werden können, aber gleichviel, ob sie diese Eigenschaft von der Natur oder erst durch Arbeit erhalten haben, also ob sie natürliche oder künstliche Stoffe sind. Auch die Hervorbringung eines künstlichen Stoffs ist keine Specification.⁷⁾

3. Das dritte Erforderniss der Specification besteht in der Herstellung einer *nova species* aus dem Stoffe. Diese fordert die Umbildung des Stoffs in eine Sache mit neuer eigenthümlicher Brauchlichkeit, entweder in einen neuen künstlichen Stoff mit neuer unmittelbarer Verwendbarkeit für die Production, oder zugleich in ein neues Genussmittel mit neuer unmittelbarer Brauchlichkeit für die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.⁸⁾ Zu dieser Umbildung des Stoffs gehört daher einerseits die Consumption von Eigenschaften, durch welche seine bisherige Verwendbarkeit für die Production oder seine bisherige unmittelbare Brauchlichkeit als Genussmittel oder beide bedingt sind,⁹⁾ und andererseits die Incorporation von Eigenschaften, welche ihn zu einem neuen Stoff mit einer neuen unmittelbaren Ver-

⁶⁾ Vergl. § 2 Seite 55 ff.

⁷⁾ Vergl. § 2 Seite 62.

⁸⁾ Vergl. § 2 Seite 58 ff.

⁹⁾ Vergl. § 2 Seite 68 ff.

wendbarkeit für die Production oder zu einem neuen Genussmittel mit einer neuen unmittelbaren Brauchlichkeit für die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse machen. Jene Consumption ohne diese Incorporation ist ebensowenig eine Specification wie die Incorporation neuer Eigenschaften ohne jene Consumption.¹⁰⁾

4. Das vierte Erforderniss ist die Verfertigung der *nova species suo nomine*.¹¹⁾

Liegen diese vier Erfordernisse vor, so verbinden sich mit der Specification nach der *media sententia* verschiedene Wirkungen, je nach dem sie eine rückführbare oder nichtrückführbare ist. Rückführbar ist sie immer, wenn der Rohstoff rückführbar ist, obwohl sich das Fabricat, aus welchem sie gemacht wurde, nicht wieder herstellen lässt.¹²⁾ Nichtrückführbar ist sie, wenn der Rohstoff nichtrückführbar ist, die Specification aus eigenem und fremdem Stoff aber auch dann, wenn sich bloss einer der beiden Stoffe wieder herstellen lässt, weil seine Wiederherstellung den andern werthlos macht,¹³⁾ oder wenn die Stoffe so miteinander vermisch sind, dass ihre Trennung, obgleich an und für sich möglich, doch factisch unausführbar ist.¹⁴⁾

¹⁰⁾ Vergl. § 2 Seite 84 ff.

¹¹⁾ Vergl. § 2 Seite 94.

¹²⁾ Vergl. § 2 Note 75.

¹³⁾ Vergl. § 2 Seite 82.

¹⁴⁾ Vergl. § 2 Seite 92.

§ 10.

III. Wirkungen.

A. Ist die rückführbare Specification

I. eine Specification nur aus fremdem Stoff, so kommt in Betracht, ob die nova species aus Einem oder aus mehr als Einem Stück gemacht ist.¹⁾

1. Bei der Specification aus Einem Stück (si ex argento meo mensam, vel ex aere statuum fecisti)²⁾ hat der Stoffeigenthümer als Eigenthümer der nova species gegen den Specificanten wie gegen jeden dritten Besitzer die rei vindicatio auf Restitution der neuen Sache. Dem Specificanten und seinen Successoren steht aber nach Analogie des Eigenthumserwerbs durch unlösbare Accession eine exceptio zu auf das pretium eius quod accesserit³⁾ d. i. auf den Preis der Arbeit, durch welche die nova species hergestellt ist: entweder auf den Marktpreis oder, wenn die nova species auf Bestellung angefertigt wurde, auf den vereinbarten vielleicht durch individuelle Bedürf-

¹⁾ Vergl. Einleitung Seite 15 ff. § 1 Seite 39.

²⁾ Vergl. § 3.

³⁾ I. 23 § 4 D. de R. V. [6, 1] si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare. Diese exceptio auf das pretium setzte das spätere römische Recht an die Stelle der exceptio propter impensam und machte zugleich den Anspruch auf das pretium klagbar durch actio in factum (Note 7). Vergl. Einleitung Seite 21 ff.

nisse und Neigungen bestimmten Preis. Ist dem Eigenthümer dieser Preis zu hoch, oder hat er für die *nova species* überhaupt keine Verwendung, so kann er die *rei vindicatio* als *actio arbitraria* anstellen d. h. statt auf die neue Sache, auf die *Aestimatio* unter Abzug des *pretium eius quod accesserit*, also auf den Preis des Rohstoffs oder des *Fabricata*, aus welchem die *nova species* gemacht ist. Er kann fordern, dass der Richter *ex aequo et bono* dem *Specificanten* die *nova species*, die er ja für sich gemacht hat, *adjudicare* und ihn in den Preis des Stoffs *condemnare*. Diese Verurtheilung begründet für den *Specificanten* ebenso den *Evictionsregress* gegen seinen *Auctor* wie seine Verurtheilung in die *Restitution* der *nova species*.⁴⁾

Beindet sich die *nova species* im Besitz des Eigenthümers oder seines *Successors*, so kann der *Specificant* die *actio Publiciana* anstellen: die *exceptio dominii*, welche dieser Klage entgegensteht, giebt ihm den *Evictionsanspruch* gegen seinen *auctor*⁵⁾ und ermöglicht ihm zugleich durch *replicatio* den Preis seiner Arbeit zu fordern. Vermag er sich den *Evictionsanspruch* durch den Nachweis zu sichern, dass bei dem unzweifelhaften *Eigenthum* des Besitzers ein

⁴⁾ l. 16 § 1 D. de evict. [21, 2].

⁵⁾ l. 16 § 1 cit. *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* Windscheid, Pand. § 391 Note 17, 18.

Rechtsstreit über die Sache überflüssig gewesen sein würde,⁶⁾ so hat er wegen seiner Arbeit gegen den Eigenthümer eine *actio in factum* auf das *pretium eius quod accesserit*.⁷⁾ Stets kann aber der Eigenthümer, wenn ihm der Preis für die Arbeit zu hoch ist, durch *exceptio* fordern, dass der Richter *ex aequo et bono* dem Specificanten die *nova species* adjudicirt und ihn in den Preis des Stoffes condempnirt. Dann begründet auch hier diese Verurtheilung in die Aestimation den Evictionsregress des Specificanten gegen den Auctor, von dem er den Stoff für die Fabrication der *nova species* erworben hat.

Die *actio in factum* auf das *pretium eius quod accesserit* steht beim Eigenthumserwerb durch unlösbare Accession dem frühern Eigenthümer der Nebensache nicht bloss zu, wenn ein Dritter sie mit der Hauptsache verbunden hat,⁸⁾ sondern auch, wenn dies von ihm selbst geschehen ist. In l. 23 § 5 cit. heisst es: . . . si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. Aus den Worten *brachium tuum esse* ergiebt sich, dass die *aliena statua*, von welcher das *brachium meæ statuæ* ad-

⁶⁾ Windscheid a. a. O. Note 10.

⁷⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6, 1]. in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. Vergl. Note 3.

⁸⁾ Wie z. B. von Witte, *Bereicherungsklagen* S. 5 und von Ihering, *Jahrb.* Bd. 16 S. 246 angenommen wird.

ditum est, nicht die Statue eines Dritten war, sondern dem gehörte, der die Verbindung vorgenommen.hat.⁹⁾ Die Ausdehnung der actio in factum auf den Specificanten ist also eine völlig analoge.

2. Bei der Specification aus mehr als Einem Stück sind folgende beiden Fälle zu unterscheiden:

a) Die zur nova species verbundenen Sachen stehen in dem Verhältniss der Ueber- und Unterordnung (si mensae vel statuae maiorem partem ex argento Titii, pedes ex auro Maevii feceris et plumbo Servii plumbaveris)¹⁰⁾. Hier wird der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer der nova species. Deshalb hat er die rei vindicatio gegen den Specificanten wie gegen jeden dritten Besitzer auf Restitution der neuen Sache. Dem Specificanten und seinem Successor steht aber gegen die Klage nach den Grundsätzen des Eigenthumserwerbs durch Accession eine exceptio zu auf das pretium eius quod accesserit d. i. auf den Preis der Arbeit und der Nebensache. Ist dem Eigenthümer dieser Preis zu hoch, so kann er, statt mit der rei vindicatio, mit der actio ad exhibendum auf Abtrennung der Hauptsache klagen, um sie dann zu vindiciren.¹¹⁾ Hier

⁹⁾ Vergl. Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio. S. 91 ff.

¹⁰⁾ Vergl. § 3 Seite 98 ff. und Einleitung Seite 16.

¹¹⁾ l. 23 § 5 D. de R. V. [6,1]. Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicatur.

steht dem Beklagten nur eine exceptio auf den Preis der Arbeit zu, deren Product durch die Trennung zerstört wird. Ist dem Eigenthümer auch dieser Preis zu hoch, so muss er mit der actio ad exhibendum als actio arbitraria¹²⁾ auf die Aestimation klagen, darauf dass der Richter ex aequo et bono dem Specificanten die Hauptsache adjudicare und ihn in den Preis des verarbeiteten Rohstoffs oder Fabricats condemnire. Diese Verurtheilung in die Aestimation ist auch hier wie die Verurtheilung in die Restitution der Hauptsache eine Eviction, die dem Specificanten gegen seinen Auctor den Evictionsanspruch wegen der Hauptsache giebt.

Dem Eigenthümer der Nebensache steht überhaupt nur diese actio ad exhibendum zu: auf Trennung, wenn er den Preis der Arbeit, die durch die Trennung zerstört wird, zahlen will, sonst nur auf die Aestimation der Nebensache, so dass der Specificant durch Adjudication das Eigenthum der Nebensache erhält und in ihren Preis verurtheilt wird.

Befindet sich die nova species im Besitz des Eigenthümers (als Eigenthümer der Hauptsache), so braucht auch hier der Specificant unter der oben erwähnten Voraussetzung nicht die actio Publiciana anzustellen, um sich den Evictionsregress gegen seinen Auctor zu sichern. Er kann sofort mit der actio in factum gegen den Eigenthümer klagen auf das pretium eius quod accesserit d. i. auf den Preis seiner Arbeit. Wenn der Eigenthümer diesen Preis

¹²⁾ § 31 I. de act. [4, 6]. 1. 3 § 2 D. ad exhib. [10, 4].

nicht zahlen will, so muss er vom Richter fordern, dass er *ex aequo et bono* die *nova species* dem Specificanten, der sie ja für sich verfertigt hat, *adjudicare* und denselben in die *Aestimation* der Hauptsache *condemnare*.

b) Die zur *nova species* verbundenen Sachen stehen im coordinirten Verhältniss (*si argento Titii et aere Maevii conflato vas factum est*). Hier tritt durch die Verbindung keine Eigenthumsveränderung ein.¹⁸⁾ Wenn die verbundenen Sachen verschiedenen Eigenthümern gehören, so hat also jeder gegen den Specificanten die *actio ad exhibendum* auf Trennung seiner Sache mit nachfolgender *rei vindicatio*, sofern er den Preis der Arbeit, deren Product durch die Trennung zerstört wird, als *pretium eius quod accesserit* zahlen will, sonst nur auf die *Aestimation*, so dass dem Specificanten die Sache *adjudicirt* und er in den Preis des verarbeiteten Stoffs *condemnirt* wird. Die Sache gestaltet sich also in einer der accessorischen Verbindung ganz analogen Weise, auch dann wenn einer der Eigenthümer der verbundenen Sachen die *nova species* im Besitz hat.

II. Bei einer Specification aus fremdem und eigenem Stoff kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung wie bei der Specification bloss aus fremdem Stoff, wenn die *nova species* aus mehr als Einem Stück und zwar aus Sachen gemacht ist, die verschiedenen Eigenthümern gehören. Stehen die Sachen im Verhältniss der

¹⁸⁾ l. 12 D. de A. R. D. [41, 1]. Vergl. § 3 Seite 99 ff.

Ueber- und Unterordnung, so wird der Specificant Eigenthümer der nova species, wenn er Eigenthümer der Hauptsache ist ¹⁴⁾, und der frühere Eigenthümer der Nebensache hat gegen ihn die actio ad exhibendum in der oben entwickelten Weise. Ist dagegen der fremde Stoff die Hauptsache, so wird der Eigenthümer desselben Eigenthümer der nova species, und der Specificant hat gegen die rei vindicatio und gegen die actio ad exhibendum desselben die oben erwähnten Einreden mit gleicher Wirkung. Stehen die verbundenen Sachen im coordinirten Verhältniss, so hat der Eigenthümer des fremden Stoffs gegen den Specificanten die actio ad exhibendum auf Trennung oder auf Aestimation unter denselben Voraussetzungen wie bei der Specification bloss aus fremdem Stoff. ¹⁵⁾

B) Bei der nicht rückführbaren Specification wird der Specificant stets Eigenthümer der nova species, sie mag aus Einem oder mehr als Einem Stück gemacht sein, und gleichviel in welchem Verhältniss die zur nova species verbundenen Sachen zu einander stehen. Der Specificant hat daher die rei vindicatio directa wie gegen jeden andern Besitzer auch gegen den Stoffeigenthümer,

¹⁴⁾ § 26 I. de R. D. [2, 1]. Vergl. § 2 Seite 81 ff.

¹⁵⁾ Die auf § 25 I. de R. D. [2, 1] gestützte Ansicht, nach welcher bei der Specification aus fremdem und eigenem Stoff der Specificant Eigenthümer der nova species werde, auch wenn der verarbeitete Stoff wieder hergestellt werden könne, hat im § 2 Seite 78 ff. ihre Widerlegung gefunden.

der sein Eigenthum am Stoff verloren hat. Da er durch diesen Verlust einen unbilligen Schaden erleidet,¹⁶⁾ so giebt ihm das spätere römische Recht¹⁷⁾ eine *rei vindicatio utilis*¹⁸⁾ gegen den Specificanten (in gleicher Weise, wie bei der *pictura* dem *dominus tabularum* gegen den Maler¹⁹⁾ auf Rückübertragung des verlorenen Eigenthums²⁰⁾ d. i. eine persönliche Forderung auf diese Rückübertragung in Gestalt einer dinglichen Klage.²¹⁾ Diese Gestalt hat den Zweck, dem Specificanten den *Evictionsregress* gegen seinen Auctor zu sichern, von dem er den Stoff erworben hat: denn dieser Regress setzt die *Eviction* d. i. die processualische Abstreitung der Sache voraus.²²⁾

Ist also der Specificant im Besitz der *nova species*, so hat der Stoffeigenthümer gegen ihn die *rei vindicatio utilis* zu einem doppelten Zweck. Er kann auf Rück-

¹⁶⁾ Vergl. § 7 Seite 143, § 8 Seite 149.

¹⁷⁾ Ueber das ältere Recht vergl. § 6.

¹⁸⁾ l. 29 § 1 D. de don. i. v. e. u. [24, 1]. Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait: l. 30 eod. utilem tamen viro competere. v. Ihering, Jahrb. Bd. 16 S. 248, 278, 317 findet in dieser Stelle nur einen Ausnahmefall.

¹⁹⁾ Vergl. Einleitung Seite 22 ff. und v. Ihering Jahrb. Bd. 16 S. 314.

²⁰⁾ c. 1 C. de donat. [8, 55] vindicationem utilem i. e. actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.

²¹⁾ Ueber die Function der *rei vindicatio utilis* als einer persönlichen Klage zu dem Zweck dem Beklagten den *Evictionsregress* gegen seinen Auctor zu sichern, vergl. v. Ihering, Jahrb. Bd. 1 S. 140 ff. Bd. 16 S. 313 ff.

²²⁾ Vergl. v. Ihering, Jahrb. Bd. 16 S. 294 ff.

übertragung des verlorenen Eigenthums klagen durch Eigenthumsübertragung der *nova species*. Hier muss er dem Specificanten den Preis der Arbeit offeriren, sonst steht ihm eine *exceptio doli* entgegen, erfolgt aber diese Offerte, so muss der Specificant seinerseits dem Stoffeigenthümer das *pretium materiae* offeriren, sonst wird er auf Restitution der *nova species* condemnirt.²³⁾ Ist dem Stoffeigenthümer der Preis der Arbeit zu hoch oder hat er für die *nova species* keine Verwendung, so muss er die *rei vindicatio utilis* auf Rückübertragung des verlorenen Eigenthums dem Werthe nach, also auf die Aestimation des Stoffs anstellen. In beiden Fällen tritt für den Specificanten *Eviction* ein; deshalb hat er seinem Auctor, von dem er den Stoff erworben hat, den Streit zu verkünden und sich dadurch seinen *Evictionsanspruch* zu sichern.

Befindet sich der Stoffeigenthümer im Besitz der *nova species*, so hat der Specificant gegen ihn die *rei vindicatio directa* auf Restitution der Sache. Hier muss er aber dem Stoffeigenthümer das *pretium materiae* offeriren, sonst hat dieser eine *exceptio* auf Rückübertragung des Eigenthums. Durch die Offerte des *pretium materiae* schliesst er auch hier diese *exceptio* aus.²⁴⁾

Der Specificant kann sich also hiernach, wenn er den Preis des Stoffs bezahlt, stets die *nova species* erhalten,

²³⁾ So nach Analogie der *pictura*, vergl. Einleitung Seite 24 ff.

²⁴⁾ So ebenfalls nach Analogie der *pictura*.

während bei der rückführbaren Specification der Stoffeigenthümer in dieser Lage ist, wenn er den Preis der Arbeit bezahlt.

§ 11.

IV. Practischer Grund und practische Consequenzen.

Der practische Grund der sabinianischen Theorie in ihrer ursprünglichen Gestalt war die aus der Sklaverei datirende Anschauung: die Früchte der Arbeit sind Früchte des Besitzes und der Preis für die Arbeit beschränkt sich auf die Kosten des Arbeitsproducts, *quia nulla species sine materia effici potest.*¹⁾ Den Besitzern gehört die Erde, welche die materielle Quelle aller wirthschaftlichen Güter ist, deshalb nimmt unter den Productionsfactoren die äussere Natur, der alle Stoffe verdankt werden, den ersten Rang ein. Diese Ueberschätzung des Naturfactors, wie sie sich in der sabinianischen Theorie ausspricht, ist auch der modernen Nationalökonomie nicht fremd geblieben.²⁾

Der practische Grund der proculianischen Theorie, wie sie von Labeo und seinen Schülern aufgestellt wurde,

¹⁾ Vergl. § 4 Seite 124.

²⁾ Roscher a. a. O. § 47 Note 6 citirt von Cantillon, *Sur la nature du commerce* 1755 folgende Stelle: *la terre et la source ou la matière, d'où l'on tire la richesse; le travail de l'homme est la forme, qui la produit. Tous les hommes d'un état subsistent et s'enrichissent aux dépens des propriétaires des terres.*

bildete die Ansicht: alle Production ist nur das Ergebniss der Arbeit, daher müssen dem redlichen und rechtmässigen Arbeiter auch die Früchte seiner Arbeit gesichert sein.³⁾ Es gehört zwar die Erde, welche die materielle Quelle aller wirthschaftlichen Güter ist, den Besitzern, aber die Arbeiter haben allein die Kraft, aus dieser Quelle zu schöpfen. Deshalb ist die Arbeit allein productiv, es müssen also auch die Arbeiter als die alleinigen Anwärter der hergestellten Güter betrachtet werden.⁴⁾ Diese Ueberschätzung des Arbeitsfactors findet sich auch in der modernen Volkswirthschaft. „Sie ist in England national.“⁵⁾

Jede der beiden römischen Theorien führte durch die Einseitigkeit, mit der sie bei der gewerblichen Arbeit den einen und den andern Productionsfactor betont, zu einem *lucrum ex aliena iactura*, die sabinianische für den Stoffeigenthümer, die proculianische für den Specificanten.

Erst die media sententia gelangte zu der richtigen Erkenntniss, dass jede Production durch das Zusammenwirken beider Factoren bedingt ist, also die gewerbliche Production durch den Stoff und durch die Arbeit. Deshalb hat jeder dieser beiden Factoren Anspruch auf Schutz.

³⁾ Vergl. § 7.

⁴⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 277 ff.

⁵⁾ Roscher a. a. O. § 47 Note 6, der aus M'Culloch Principles folgenden Satz citirt: „Es ist die Arbeit und bloss die Arbeit, welcher der Mensch jedes Ding, das einen Tauschwerth besitzt, zu verdanken hat.“

Allerdings werden alle Stoffe der Natur verdankt und sind auch, soweit sie der freien Natur angehören, für den Menschen umsonst da; wenn sie aber im Eigenthum stehen, so bewirkt das in diesem liegende Ausschliessungsrecht, dass der Arbeiter ohne Einwilligung des Eigenthümers aus den Stoffen desselben keine neuen Güter herstellen kann,⁶⁾ auch nicht der rechtmässige und redliche Arbeiter, weil das Eigenthum ein stärkeres Recht ist, als der rechtmässige und redliche Besitz. Die Redlichkeit und Rechtmässigkeit des Besitzes dürfen dem Arbeiter nur einen Anspruch auf den Preis seiner Arbeit geben, sie dürfen aber dem Eigenthümer nicht den Preis seines Stoffes entziehen. Und selbst das Eigenthum am Stoffe in der neuen Form muss ihm verbleiben, wenn die allgemeinere Verwendbarkeit des Stoffes durch die besondere Brauchbarkeit, welche ihm die Arbeit gegeben hat,⁷⁾ nur temporär consumirt ist. Lässt sich der Stoff mit seiner allgemeineren Verwendbarkeit wieder herstellen, so kann der Eigenthümer ihm vielleicht durch neue Verarbeitung einen Werth geben, der den Preis, welcher dem Specificanten für seine Arbeit zu zahlen ist, weit übersteigt. Den rückführbaren Stoffen verbleibt ihre frühere Circulationsfähigkeit d. h. die frühere Sicherheit Abnehmer zu finden und die frühere Leichtigkeit Abnehmer aufzusuchen: quippe ea, quae talis naturae sint,

⁶⁾ Rodbertus a. a. O. Bd. 5 S. 277.

⁷⁾ Roscher a. a. O. § 211.

ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.⁸⁾ Dagegen mit der specialisirten Brauchbarkeit des nicht rückführbaren Stoffes verbindet sich eine Abnahme seiner Umlaufsfähigkeit.⁹⁾ Der Lederhändler hat für die Schuhe, die der Schuhmacher, oder für den Zaum, den der Sattler aus seinem Leder macht, keinen Absatz, während für den Goldarbeiter sein Silber, aus dem ein Anderer Löffel macht, seine Circulationsfähigkeit behält.

In der Erkenntniss, dass die Specification das Zusammenwirken von Stoff und Arbeit voraussetzt und in der Erkenntniss der Bedeutung, welche der rückführbare Stoff für seinen Eigenthümer hat, bestand der practische Grund der *media sententia*. Ihre practischen Consequenzen sind demgemäss folgende. Sie sichert dem Arbeiter den Preis seiner Arbeit, während ihn die sabinianische Theorie auf den Kostenersatz des Arbeitsproducts und damit auf den Erwerb des nothwendigen Unterhalts beschränkte. Ebenso sichert sie dem Stoffeigenthümer den Preis des Stoffes und, wo es sein Interesse fordert, auch den Stoff selbst, während die proculianische Theorie ihm jeden Anspruch versagte. Die *media sententia* brachte also in der Specificationslehre den Grundsatz des Aequivalents zur Geltung.

⁸⁾ l. 78. § 4 D. de leg. [32]. Vergl. § 2 Seite 70.

⁹⁾ Roscher a. a. O. § 95.

Viertes Kapitel.

Das Justinianische und das heutige Recht.

§ 12.

In das justinianische Recht ist die *media sententia* in der Entwicklung übergegangen, welche sie von ihren Urhebern und den nachfolgenden classischen Juristen erhalten hat, mit der oben dargelegten Ausbildung des Eigenthumsschutzes im späteren römischen Recht. So wurde sie von Justinian ohne eigene Zuthat adoptirt.¹⁾

Auch das gemeine Recht einheimischen Ursprungs hat auf die *media sententia* nicht eingewirkt. Nur der Eigenthumsschutz²⁾ hat eine Modification erfahren durch § 260 der R. C. P. O., nach welchem die Vorschriften über das *iuramentum in litem* aufgehoben sind.

¹⁾ Theoph. ad § 25 I. de R. D. [2, 1]. Vergl. Seite 78 Note.

²⁾ I. 68 D. de R. V. [6, 1].

Unter den modernen Civilgesetzbüchern steht das Allgemeine Preussische Landrecht³⁾ im Ganzen auf dem Standpunkt der alten proculianischen Theorie. Der Specificant wird Eigenthümer der neuen Sache, gleichviel ob der Stoff wieder hergestellt werden kann oder nicht;⁴⁾ und blosse Bearbeitungen des Stoffs, wie Ausdreschen von Getreide, Färben und Bedrucken eines Stoffs, sind der Verarbeitung zu einer neuen Sache gleichgestellt.⁵⁾ Der Eigenthums-erwerb ist aber nur durch die redliche, nicht durch eine rechtmässige Specification bedingt;⁶⁾ auch verknüpft sich mit ihm die Verpflichtung des Specificanten, dem Eigenthümer nach dessen Wahl die verarbeiteten Materialien in gleicher Art und Güte. zurückzugeben, oder ihren Werth nach dem höchsten Preise zur Zeit der Verarbeitung zu ersetzen.⁷⁾

Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch⁸⁾ stellt für die Verarbeitung fremder Sachen und für die Vereinigung, Vermengung oder Vermischung fremder und eigener Sachen gemeinsame Grundsätze auf. Es berücksichtigt dabei wie die *media sententia* Rückführbarkeit und Nichtrückführbarkeit des Stoffes.

³⁾ I 9. § 298 ff.

⁴⁾ I 9. § 304.

⁵⁾ I 9. § 307. Vergl. Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Privatrechts, I. § 235.

⁶⁾ I 9. § 304.

⁷⁾ I 9. § 305.

⁸⁾ § 414 ff.

Können die Sachen wieder in ihren vorigen Stand zurückgebracht bzw. wieder getrennt werden, so wird jedem Eigenthümer das Seine zurückgestellt und dem Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt. Ist die Trennung nicht möglich, dann kommt die Sache in's Miteigenthum und zwar so: wenn keinem Theil ein Verschulden beigemessen werden kann, hat derjenige, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten, oder ihn dem Andern gegen Vergütung überlassen will; trifft aber den einen Theil eine Verschuldung, so hat der andere diese Wahl ohne Rücksicht auf den Werth seines Antheils.⁹⁾

Im französischen Recht bildet für die Specification bloss aus fremdem Stoff die alte sabinianische Theorie die Regel: die Redlichkeit und Rechtmässigkeit der Specification haben auf den Eigenthumserwerb keinen Einfluss; der Stoffeigenthümer wird stets Eigenthümer der neuen Sache gegen Vergütung des Arbeitslohns, gleichviel ob der Stoff rückführbar ist oder nicht.¹⁰⁾ Diese Regel erleidet aber eine Ausnahme, wenn der Werth der Arbeit den Werth des Stoffs weit übersteigt; hier kann der Specificant das Eigenthum der neuen Sache für sich in Anspruch nehmen, wenn er den Werth des Stoffs dem Eigenthümer vergütet.¹¹⁾

⁹⁾ § 415.

¹⁰⁾ Code civil, Art. 370.

¹¹⁾ Code civil, Art. 371.

Bei der Specification aus fremdem und eigenem Stoff wird die Rückführbarkeit und Nichtrückführbarkeit unterschieden. Regel ist: bei Nichtrückführbarkeit gehört die Sache beiden Eigenthümern gemeinschaftlich, dem einen nach Verhältniss der ihm zugehörigen Materie, dem andern nach diesem Verhältniss verbunden mit dem Werth seiner Arbeit,¹²⁾ und muss zum gemeinschaftlichen Vorthail versteigert werden;¹³⁾ bei Rückführbarkeit kann Jeder Trennung verlangen.¹⁴⁾ Von dieser Regel tritt aber wieder folgende Ausnahme ein: ist der Stoff des einen Eigenthümers nach Betrag und Werth bei weitem erheblicher als der des Andern, so kann jener die neue Sache als sein Eigenthum beanspruchen, wenn er dem Andern den Werth seines Stoffes vergütet.¹⁵⁾

Ueberall, wo hiernach der Stoffeigenthümer Anspruch auf das Eigenthum der neuen Sache hat, steht ihm die Wahl zu, statt des Eigenthums, den Ersatz des Stoffs in gleicher Qualität und Quantität oder dem Werthe nach zu verlangen.¹⁶⁾

Die neuste deutsche Codification, das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen¹⁷⁾ giebt das Eigen-

¹²⁾ Code civil, Art. 372.

¹³⁾ Code civil, Art. 375.

¹⁴⁾ Code civil, Art. 373.

¹⁵⁾ Code civil, Art. 374.

¹⁶⁾ Code civil, Art. 376.

¹⁷⁾ § 246.

thum an der nova species stets dem Specificanten, gleichviel ob sie bloss aus fremdem oder aus fremdem und eigenem Stoff fabricirt, ob der Stoff rückführbar oder nichtrückführbar ist, und gleichviel ob der Specificant in bona oder in mala fide war. Seine Redlichkeit oder Unredlichkeit influirt nur auf seine Entschädigungspflicht gegen den Eigenthümer des Stoffs: wenn er in unredlichem Glauben handelte, soll er vollen Ersatz zu leisten haben, wenn in redlichem Glauben, nur soweit er bereichert ist.

Unter den Civilgesetzbüchern der Schweiz enthält das des Cantons Zürich ¹⁸⁾ für die Specification bloss aus fremdem Stoff das Princip der media sententia, aber so, dass es keinen Einfluss hat, ob die Specification eine redliche und rechtmässige gewesen ist oder nicht. Ist der Stoff rückführbar, so erwirbt stets der Eigenthümer derselben die neue Sache, muss aber den Specificanten für seine Arbeit entschädigen, ist der Stoff nichtrückführbar, so erwirbt der Specificant die neue Sache gegen Entschädigung des Stoffeigenthümers. Für die Specification aus fremdem und eigenem Stoff ist dagegen das Princip der proculianischen Theorie adoptirt: der Specificant wird Eigenthümer der nova species gegen Entschädigung des Stoffeigenthümers, gleichviel ob er in bona oder mala fide war, und gleichviel ob der Stoff rückführbar ist oder nicht.

¹⁸⁾ § 637—639.

In andern Codificationen der Schweiz finden sich abweichende Vorschriften.¹⁹⁾ Das Bernerische Civilgesetzbuch handelt ausdrücklich von der Specification überhaupt nicht, sondern nur vom Eigenthumserwerb durch Verbindung, Vermengung und Vermischung.²⁰⁾

¹⁹⁾ Vergl. z. B. das Bündtnerische Civilgesetzbuch § 198 und 199.

²⁰⁾ § 426—428.

1-

- es

